Theorie

des

Concurs-Processes

nach

gemeinem Rechte

von

Dr. Hieronymus von Bayer,

königl. bayer. Hofrath und ordentlichem öffentlichen Professor der Rechte an der Ludwigs-Maximilians-Universität zu München.

Vierte, durchgesehene und verbesserte Auflage.

Zweiter Abdruck.

München.
Literarisch-artistische Anstalt
der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1868.

Vorwort.

Die Bestimmung der gegenwärtigen Schrift, so wie die Motive, welche mich zur Herausgabe derselben bewogen haben, sind die nämlichen, welche ich bereits in der Vorrede zur ersten Ausgabe der Theorie der summarischen Processe anzuführen mich veranlaßt sah. Wenn man übrigens hier die Gränzen eines gedrängten compendiarischen Vortrages noch weniger beobachtet findet, als in der Darstellung der summarischen Processe, so glaube ich Dieses dadurch rechtfertigen zu können, daß mir bei einem Verfahren, welches ohne Zweifel mit ungleich größeren Schwierigkeiten verbunden ist, als irgend Einer der summarischen Processe, — und welches überdieß in unserer Zeit, leider, so häufig bei den Gerichten vorkommt, — eine etwas ausführlichere Erörterung der in den gangbarsten Compendien oft kaum angedeuteten Grundsätze allerdings wünschenswerth erscheinen durfte.

Was die Anführung der Litteratur über einzelne Lehren betrifft, so bin ich auch in dieser Beziehung meiner in der Theorie der summarischen Processe befolgten Ansicht treu geblieben. — Mit Bedauern bemerke ich jedoch, daß ich v. Savigny's Abhandlung über das altrömische Schuldrecht erst erhielt, nachdem die historische Einleitung, bei welcher darauf hätte Rücksicht genommen werden müssen, bereits abgedruckt war. Auch Bethmann-Hollwegs Handbuch des Civilprocesses konnte ich aus demselben Grunde wenigstens nicht so vollständig benützen, als ich gewünscht hätte.

München, zu Ostern 1836.

Dr. Bayer.

Concurs-Proceß.

Concurs-Proceß.*)

§. 1.
Begriff.

Unter Concurs-Prozeß versteht man heutzutage das gerichtliche Verfahren zu dem Zweck der Vertheilung eines überschuldeten Vermögens an die Gläubiger nach

*) Literatur: D. Franc. Salgado de Somoza labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam. Tom. 2 Lugduni 1666 et 1672. — Joh Brunnemann de process. conc. creditor. cum not. Strykii Wittemberg. 1693. — Jac. Friedr. Ludovici Einleitung zum Concurs-Proceß, mit Zusätzen von Joh. Gerh. Schlitte Halle 1740. — Seb. Ad. Krafft. Praktische Anmerkungen über den Concurs-Proceß. Erlangen 1786. — Just. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe. Aufl. 3. Göttingen 1793. (Vierter Abschnitt.) — Christoph Christian Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. — N. Th. Gönner Hdb. des d. gem. Proc. IV. 82. — Carl Friedr. Reinhardt die Lehre vom Gannt und Ganntverfahren, nach Röm. gemein. und Würtemb. Rechte Stuttgart 1819. — C. J. A. Mittermaier der gem. deutsche bürg. Proceß Beitrag III. §. VII. Wolfg. Heinr. Puchta. Ueber den Concurs-Proceß, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Ab-

Maßgabe der ihnen zustehenden Vorzugsrechte. Wenn nämlich Jemand so viele Schulden hat, daß er selbst mit Aufopferung seines ganzen Vermögens nicht mehr im Stande ist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedi-

---

wendung und Abkürzung. Erlangen 1827. — Kori System des Concurs-Processes nebst der Lehre von den Classen der Gläubiger nach gemein. und königl. Sächs. Recht. Aufl. 2. Leipzig 1828. — A. Schweppe das System des Concurses der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte. Dritte Ausg. Göttingen 1829. — Andr. Chr. J. Schmid Handb. des gem. d. Civilpr. III. Thl. S. 186 bis 336. — Eine kurze Darstellung des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte findet sich außer den Lehrbüchern des Civil-Processes auch in Ferd. Mackeldey Lehrb. des heut. Röm. Rechts. Aufl. 9. Giessen 1831. Bd. 2. 610 flg. — Auf das Verfahren in Concurssachen nach einzelnen teutschen Particularrechten beziehen sich außer den bereits genannten Schriften von Krafft (vorzüglich für die Fürstenthümer Anspach und Baireuth), Reinhardt (für Württemberg) und Kori (für das Königreich Sachsen) noch folgende: Miltner der bayer. Gantproc. Landshut 1814. — J. B. Welsch Handb. des bayer. Universal-Concursprocesses. Erlangen 1819. — B. Roth der Concursproceß nach den im Großherzogth. Baden geltenden Gesetzen. Karlsruhe 1826. — Scholz über das Concursrecht Schleswig 1822. — Kori Theorie der Sächs. summar. bürg Proc. Jena 1823. S. 295 flg. Dr. Fr. X. Haimerl Vortr. über den Concurs der Gläubiger nach den österreich. Gesetzen. Wien 1840. L. Stempf das Gantverfahren und Gantrecht nach badischen Gesetzen. Freiburg 1844. — Hartmann Utzinger der Concurs der Gläubiger nach Zürcherischem Rechte. Zürich 1849. — In neuester Zeit hat der deutsche Universalconcursproceß sehr heftige Gegner gefunden. Mit dem Grundsatze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ist dieses Verfahren auch wirklich kaum vereinbar. (Vergl Mitter-

gen, so könnte[1]) die vollständige Befriedigung eines einzelnen Creditors ohne Rücksicht auf die Uebrigen diese letzteren leicht beeinträchtigen. Um nun diese Unbilligkeit zu verhüten, ist in Deutschland der Grundsatz angenommen worden, daß, — sobald das Daseyn einer Ueberschuldung auf geeignete Art[2]) zur Kenntniß des Gerichtes gekommen ist, ein allgemeines Verfahren eingeleitet werden soll, in Folge dessen dem Schuldner die Dispositionsbefugniß über sein Vermögen entzogen, und die Exekution zu Gunsten einzelner Gläubiger eingestellt wird. In diesem Verfahren haben sich sämmtliche Gläu-

---

maier Beitr. III. S. 234 flg.) Da jedoch die besonnenen Gegner selbst zugeben, daß der Universalconcurs in manchen Fällen unvermeidlich ist (Betrachtungen über Gegenstände des schriftlichen Civilprocesses Erlangen 1845), so ist mit geistreichem Tadel der wirklichen Gebrechen des bisherigen Concursverfahrens nicht geholfen. Manche wissen auch hier keinen andern Rath als sich dem französischen Rechte in die Arme zu werfen. Das Bequemste ist es allerdings. — Vergl. Dr. Rud. Frhr. v. Holzschuher der Rechtsweg. Nürnberg 1831 S. 528. flg.

[1]) Eine nothwendige Folge der vollständigen Befriedigung des Einzelnen ist freilich die rechtliche Verkürzung der Uebrigen nicht. Denn es kann sich ereignen, daß jener Einzelne gerade Derjenige ist, der auch mit Rücksicht auf die Prioritätsverhältnisse allen Andern vorgeht. Da man jedoch vor dem Prioritätsverfahren die Vorzugsrechte der übrigen Gläubiger noch gar nicht kennt, so ist doch immer Gefahr vorhanden, durch seine volle Befriedigung einem andern zu nahe zu treten.

[2]) Ob von Seite der Gläubiger ein ausdrücklicher Antrag auf Eröffnung des Concurs-Processes gestellt werden müsse, oder ob der Richter nicht auch von Amtswegen einschreiten dürfe, davon später.

biger zu melden, und die Richtigkeit ihrer Ansprüche sowohl, als die ihnen zustehenden Prioritätsrechte nachzuweisen, um nach der definitiven Entscheidung dieser Punkte das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners, — welches unter richterlicher Aufsicht und Leitung administrirt und veräußert wird, — an dieselben mit Rücksicht auf die Rangordnung ihrer Ansprüche vertheilen zu können. — Dieses Verfahren nun heißt jetzt Concurs= oder Gantproceß.[3]) — Aus diesem Begriffe ergeben sich sowohl die allgemeinen Voraussetzungen, welche vorhanden sein müssen, wenn es zu einem Concurs=Processe kommen soll, als auch die Hauptmomente, worauf sich alle Verhandlungen und Verfügungen in diesem Verfahren beziehen. — Soll nämlich ein Gantverfahren stattfinden, so müssen 1) mehrere Gläubiger[4]) desselben Schuldners[5]) vorhanden

---

[3]) Das teutsche Wort „Vergantung" oder „Gantproceß" wurde zwar anfänglich nur für das Verfahren gebraucht, welches bei der öffentlichen Feilbietung eines verpfändeten Gutes durch das Gericht oder durch Fronboten stattfand. — Wachter in gloss Germ. v. Gant. — Allein schon am Anfange des 17ten Jahrhunderts begriff man darunter auch den Proceß der Gläubiger unter sich über die ihnen zustehenden Vorzugsrechte. — Bayerische Gantproceßordnung von 1616. Tit I. Art. 1. Puchta a. a. O. S. 29. not. c. Außerdem kommen für dieses Verfahren auch noch folgende Benennungen vor: processus cridae, von crida, einem lateinischen Worte des Mittelalters, welches so viel bedeutete als proclamatio publica; — Du Fresne gloss. med. et inf. latin. v. crida. — Conturbations= oder Prioritätsproceß. — S. Schweppe a. a. O. S. 2.

[4]) Eine Ueberschuldung, welche die Folge haben kann, daß dem Schuldner sein ganzes Vermögen entzogen wird,

seyn; 2) es muß eine Collision unter denselben entstehen, d. h. die vollständige Befriedigung des Einen darf ohne Nachtheil für die Uebrigen nicht möglich seyn,[6]) und diese Collision muß 3) ihren Grund in der Insolvenz[7]) des Schuldners haben. — Die Hauptmomente aber, worauf sich alle Verhandlungen und Verfügungen im Concurs-Processe beziehen, sind: 1) Die Bildung und Feststellung der Concursmasse, die Verwaltung, Veräußerung und Distribution derselben; 2) die Ausmittlung der vorhandenen Ansprüche und Forderungen, und die Liquidation derselben hinsichtlich ihres Grundes

---

ist allerdings auch bei dem Daseyn eines einzigen Gläubigers möglich. Aber ein Concurs-Proceß in der oben angegebenen Art setzt nothwendig mehrere — wenigstens zwei Gläubiger voraus. Dabelow a. a. O. S. 671. — Schweppe a. a. O. S. 49. — Verschiedenheit der Forderungen ist übrigens nicht wesentlich, sondern es können auch Streitgenossen einen Concurs-Proceß veranlassen, wenn anders die gemeinschaftliche Forderung theilbar, und ein Prioritätsverfahren dabei erforderlich ist. Schweppe S. 49. Linde Lehrb. des Civilproc. 3te Aufl. §. 426. not. 4 A. M. Dabelow. S. 671. a. E.

[5]) Ob der Schuldner noch lebt, oder bereits gestorben ist, darauf kommt eben so wenig an, als darauf, ob derselbe eine physische, oder juristische Person ist. Nur gegen den Staat ist wenigstens ein gerichtlicher Concurs nicht denkbar. Schweppe §. 24.

[6]) Wenn z. B. von zwei Creditoren Einer einen Anspruch auf Geld oder Vermögen, der Andere aber auf eine persönliche Handlung, z. B. auf Widerruf oder Abbitte wegen einer Beleidigung verfolgt, so kann kein Concurs-Proceß entstehen, gesetzt auch, daß der Schuldner insolvent ist. Martin Lehrb. Aufl. 10. §. 321. not c.

[7]) Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 345.

und Betrages (Liquidationsverfahren); endlich 3) die Ausmittlung des Rangverhältnisses der einzelnen Gläubiger zu einander (Prioritätsverfahren).

§. 2.

Ursprung und Ausbildung des heutigen Concurs-Processes.

Der Concurs = Proceß findet sich zwar in der Gestalt, in welcher er gegenwärtig in Teutschland vorkommt, weder im Römischen, noch im canonischen Rechte, noch in den teutschen Reichsgesetzen, sondern er hat sich vielmehr unter dem Einflusse particulärer Gesetzgebungen durch den Gerichtsgebrauch ausgebildet. Indessen haben sich doch so viele Bestimmungen des Römischen Rechts namentlich in Bezug auf die materielle Seite des Concurses [1]) erhalten, daß es zweckmäßig scheint, eine kurze Uebersicht des Römischen Verfahrens vorauszuschicken. — In der Geschichte des Römischen Concurs=Processes (wenn man diesen Ausdruck gebrauchen darf) lassen sich aber füglich folgende vier Epochen unterscheiden:

1) Das Verfahren nach dem Zwölftafelrechte;
2) die bonorum venditio mit successio in universitatem;
3) die bonor. vend. ohne Universalsuccession; — und
4) das Verfahren nach Justinians neueren Vorschriften.

---

[1]) Z. B. über den curator bonorum, über die von dem Schuldner vor dem Ausbruche des Concurses vorgenommenen Veräußerungen u. dgl. Vergl. Schweppe a. a. O. §. 7.

§. 3.

1) Das Verfahren nach dem Zwölftafelrechte.

In den zwölf Tafeln war für den Fall, wenn Jemand mehrere Gläubiger hatte, welche er nicht zu befriedigen im Stande war, verordnet: partes secanto; si plus minusve secuerunt se (sine) fraude esto [1]) Ob diese Vorschrift buchstäblich von einem in Stücke Hauen des Schuldners, — oder nur figürlich von einer Theilung seines Vermögens oder seiner Dienste zu verstehen sey, darüber sind wohl schon fast alle nur irgend möglichen Ansichten und Vermuthungen aufgestellt und vertheidiget worden. [2]) In der neuesten Zeit neigt sich aber selbst Hugo [3]) mehr als früher zu der buch-

---

[1]) A. Gellius XX. 1. Daß Gellius hier die Worte der lex selbst gibt, ist nicht zu bezweifeln. Denn ausdrücklich läßt er den Cäcilius bemerken: verba ipsa legis dicam, ne existimes inuidiam me istam forte formidare. — Auf die in dem Texte angeführten Worte folgte wahrscheinlich der Zusatz: Si volent trans Tiberim venumdanto. — Zimmern Gesch. des Röm Privatr. Bd. 3. §. 46. not. 16. — Ueber die Zulässigkeit der Personalexecution überhaupt nach dem ältesten Röm. Rechte s. v. Savigny, das altrömische Schuldrecht 1834. — Dagegen aber: G. F. Puchta Institutionen. Bd. II. S. 213. flg.

[2]) S. darüber Dabelow a. a. O. S. 46. flg. Zimmern a. a. O §. 46. not. 17

[3]) Lehrb. der R. G. S. 353 von Zeile 17 angefangen. — Andern Rechtslehreren hatte die buchstäbliche Auslegung schon früherhin weniger Bedenken erregt, und seitdem auch Niebuhr (Röm. G. 1. Aufl. S. 313) so entschieden seine Stimme dafür gegeben, und Grimm (Deutsche Rechts-

ſtäblichen Auslegung hin, und die uns bekannten Römiſchen Schriftſteller, — freilich nicht juriſtiſche, und aus einer viel ſpätern Zeit, — haben die Worte der lex auch nicht anders als ſo verſtanden.[4])

§. 4.

Fälle, in denen es zu dieſer Execution kommen konnte.

Zu dieſer äußerſten Execution an der Perſon konnte es jedoch nur unter folgenden Vorausſetzungen kommen:

A. in Folge eines förmlichen Schuldgeſtändniſſes oder eines Urtheils.

Die Gläubiger mußten nämlich 1) ihre Anſprüche gehörig vor der Obrigkeit angebracht, und entweder den Schuldner zu einem Geſtändniſſe gebracht, oder ein Urtheil wider ihn erwirkt haben. 2) Nach dem Geſtändniſſe, oder nach dem Urtheile mußten ſie dem Schuldner noch 30 Tage Zeit laſſen, um das Geld beizuſchaffen. Erſt dann, wenn dieſe Friſt ohne Erfolg verſtrichen war, durften ſie die manus injectio vornehmen. 3) That ſich nun kein vindex hervor, ſo wurde der Schuldner dem Gläubiger addicirt, welcher dadurch das Recht erhielt, denſelben abzuführen und in Feſſeln zu legen (secum ducere et vincire). 4) In dieſem Zuſtande

---

alterth. S. 615.) ähnliche Härte gegen inſolvente Schuldner auch im älteren germaniſchen Rechte nachgewieſen hat, konnte es nicht fehlen, daß dieſe Meinung zur herrſchenden wurde. Vergl. noch: G. F. Puchta Inſtitut. Leipz. 1842. II. Bd. S. 212. not. m.

[4]) Gel. l c. — Quinct. Instit orat. III. 6. p. 178. (Edit. Bipont. tom. I.) — Tertull. Apolog. c. 4. — Cassius Dio in scriptor. veter. nov. collect. vol. 2. p. 144.

mußte der addictus noch 60 Tage lang gehalten, und binnen dieser Zeit in drei auf einander folgenden nundinis öffentlich mit Verkündigung des Schuldbetrages vorgeführt werden. — Erst dann, wenn 5) auch während dieser Zeit weder eine Abfindung zwischen Gläubiger und Schuldner zu Stande kam, noch sich ein vindex meldete, — war der addictus dem oder den Gläubigern verfallen, und sie durften ihn nun entweder tödten (partes secare) oder in auswärtige Knechtschaft verkaufen.[1])

§. 5.

Fortsetzung.

B. In Folge einer vorausgegangenen Selbstverpfändung des Schuldners (nexum).

In der frühesten Zeit war es nämlich nicht selten, daß Jemand, der Geld borgen wollte, sich selbst, seine Familie und sein Vermögen unter Vorbehalt der Auslösung binnen einer bestimmten Zeit dem Gläubiger mancipirte. Dadurch kam er in das mancipium, aber noch nicht in den Besitz des Gläubigers, und in diesem Zustande hieß er nexus oder nexu vinctus. Löste er sich wieder aus, so war er nexu solutus; wo nicht, so konnte der Gläubiger in Folge des durch die Mancipation erworbenen Rechtes vindiciren und ebenfalls die addictio bewirken, wodurch er sodann dieselben

---

[1]) Die Hauptstelle, in welcher dieses Verfahren beschrieben wird, findet sich bei Gell. XX 1. S. darüber Hugo R. G. S. 351 flg. — Zimmern a. a. O. §. 46. — Wegen des Verkaufes in auswärtige Knechtschaft s. Puchta im Rhein. Mus. II. 4. S. 385.

Rechte an der Person des Schuldners erhielt, wie durch die addictio ohne vorausgegangenes nexum. (§. 4.)[1])

---

[1]) So wird das nexum se dare und der rechtliche Zustand der nexi seit Niebuhr (Röm. Gesch. I. Thl. 3. Ausg. S. 637 flg.) jetzt fast allgemein dargestellt. — Vergl. insbesondere Zimmern a. a. O. §. 45. — Henr. Alb. Zachariae comment. de fiducia. Goth. 1830. p. 12 sq. — Mackeldey Lehrbuch 9te Aufl 2. Bd §. 760 nro. 1 und 3. — Auch Ottfr. Müller im Rhein. Museum V. 2. S. 200. — Allein zum Theile beruht diese Darstellung doch nur auf Vermuthungen. Allerdings haben wir bestimmte Zeugnisse darüber, daß es üblich war, sich ob aes alienum creditori nexum dare. Valer. Max. (Rec. Abrah. Torren. Leid. 1726.) lib. 6. c. 1. nro. 9, Liv. VIII. 28. — Varo de L. L. VI. 5. (Ueber die Lesart Niebuhr. I Th. 3te Ausg. S. 640 not. 1273.) Allein a) in diesen Stellen wird nur von dem Falle gehandelt, wo sich Jemand wegen schon früher contrahirter Schulden als nexus hingab, und nicht wegen eines erst zu borgenden Geldes. b) Daß das nexum se dare in der Form einer mancipatio geschah, ist zwar im höchsten Grade wahrscheinlich, aber ausdrücklich wird es doch nirgendwo gesagt (Zachariae l. c. p. 22. sq. Vergl. G. Fr. Puchta Lehrbuch für Institutionen Vorl. in den Vorbemerk. S. XXVIII. flg.). c) Ueber die Frage endlich, welche unmittelbare Wirkung das nexum se dare hervorbrachte (auf deren Beantwortung doch das Meiste ankommt), sind die Meinungen getheilt. Daß der Schuldner ungeachtet der Selbstmancipation doch nicht sofort in das mancipium des Gläubigers kam, sondern daß die ernstliche Wirkung jener mancipatio bis zur nachfolgenden judicatio suspendirt blieb (Puchta a. a. O. S. XXXIX.), scheint wenigstens auf den Fall nicht zu passen, wenn sich Jemand wegen schon vorhandener Verschuldung als nexus hingab. Denn es ist nicht abzusehen, was der Gläubiger unter dieser Voraussetzung durch das nexum gewonnen

§. 6.

2) Bonorum venditio mit succ. in univers.

Hinsichtlich der Frage, wie lange sich die strenge Personalexecution erhielt, ist zu unterscheiden zwischen der addictio, dem duci jubere, und der capitis poena, insbesondere dem partes secare der zwölf Tafeln. — Das Addiciren der Schuldner in Folge eines Geständnisses oder eines Urtheils, so wie das Recht des Gläubigers, den Schuldner abzuführen, und in gefängliche Haft zu bringen, dauerte noch lange in der Zeit der Kaiser-Regierung fort.[1]) Nur scheint das Fesseln der

---

hätte, da er ja eine judicatio auch ohne vorausgehendes nexum bewirken konnte, die Schuldknechtschaft aber doch erst nach der judicatio eintrat. Ungleich wahrscheinlicher und den vorhandenen Nachrichten entsprechender scheint es mir zu sein, daß das nexum se dare im Fall schon früher vorhandener Verschuldung unmittelbar die Folge hatte, daß der Gläubiger den Schuldner in Schuldknechtschaft abführen durfte. — Vergl. darüber besonders Zachariae l. c. p. 14. sq. — S. nach Rudorff im Rhein. Museum für Philol. II. Jahrg. 2. Hft. S. 162, not. 2. — Nur da, wo sich Jemand, um ein Geldbarlehen erst zu erhalten, dem Gläubiger mancipirte, läßt sich nach der Analogie einer pignoris causa mancipirten Sache das Verhältniß so denken, wie es im Texte dargestellt ist. Zimmern a. a. O. §. 45. Directe Zeugnisse haben wir auch dafür nicht. — Auch Dionysius v. Hal. lib. VI. 41 und 83 enthält, wie mir scheint, kein solches. — Eine von den Ansichten seiner Vorgänger abweichende Erklärung der Sache gibt Dr. Christ. Gottl. Adolf v. Scheuerl. Vom Nexum. Erl. 1839.

[1]) Hierüber haben wir sehr viele, unzweideutige Zeugnisse, Lex de Gallia cisalpin. c 21 et 22. — Cicero

Schuldner, welche nicht wegen einer Delicts-Schuld addicirt worden waren, durch die lex Petillia Papiria (v. 428 n. E. d. St.) aufgehoben worden zu sein.[2])

---

pro Flacco 20. in fin. Gellius lib. 7. c. 19. — Valer. Max. Lib. 7. c. 6. no. 1. — Fr. 34. D. 42. 1. (De re judic. — c. 1. C. 7. 71. (Qui bon. ced.) von Alex. Sever. — Vergl Zimmern §. 47 not. 6. und §. 77. not. 24. — Nach der lex de Gall. cisalp. scheint jedoch das duci jubere nur in dem Falle stattgefunden zu haben, wenn Jemand zur Bezahlung eines baaren Gelddarlehens verurtheilt oder dessen geständig war. — Hugo R. G. 11te Aufl. S. 351. Z. 26. flg. Vergl. Heffter Instit. S. 551. not. 17. Zimmern §. 77 not. 25.

[2]) Liv. VIII. 28. „Jussi consules, ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret. in compedibus aut in neruo teneretur“..... Vergl. Hugo R. G. S. 404. Z. 20 flg. — Schrader im Magazin von Hugo V. S. 184 bis 187. Zachariae comment de fiducia p. 16—18. — Die neueste von Niebuhr aufgestellte Ansicht über die lex Petillia geht dahin, daß durch dieses Gesetz nur das nexum der Personen (§. 5) abgeschafft worden sei. („Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.“) Niebuhr R. G. 3. Aufl. Thl. I. S. 641. not. 1276. — Zimmern R. G. § 47. not. 2 und 3. — Mackeldey §. 761. — Vergl. noch Cic. de republ. II. c. 34. — Allein, wenn man auch zugibt, daß die Abschaffung des nexum ein Zweck des Gesetzes war, so scheint doch dieser Zweck nicht der einzige gewesen zu sein. Denn alles, was uns Livius darüber berichtet, deutet darauf hin, daß man überhaupt der grausamen Behandlung Gränzen setzen wollte, welche sich die Gläubiger gegen ihre Schuldner erlaubten. Diese Absicht wäre aber durch bloße Abschaffung des nexum keineswegs erfüllt worden, indem ein addictus im engeren Sinne des Wortes eben sowohl von seinen Gläubigern mißhandelt werden konnte, wie ein nexus. Za-

Dagegen das Recht, den Schuldner zu tödten, oder in Stücke zu hauen, erhielt sich nicht lange. Wann, und auf welche Art dasselbe aufgehoben wurde, läßt sich jedoch mit Gewißheit nicht angeben. Der Meinung einiger älteren Schriftsteller zufolge soll diese Veränderung auch durch die lex Petillia Papiria bewirkt worden seyn.[3]) Allein ungleich wahrscheinlicher ist es, daß diese grausame Vollstreckung, von deren wirklicher Anwendung den Alten ohnehin kein Beispiel bekannt war,[4]) allmählich von selbst außer Uebung kam.[5]) Dagegen entstand nachher die bonorum venditio,[6]) wahrscheinlich

---

chariä scheint daher Recht zu haben, wenn er annimmt, die lex Petillia habe einen doppelten Zweck gehabt, nämlich I. Milderung der Lage der Schuldknechte überhaupt, ohne Unterschied zwischen addictis und nexis (es heißt auch in dem Antrage ganz allgemein: ne quis in compedibus etc.), und II. Abschaffung der Selbstverpfändung, des nexum, ausgenommen wegen einer Delictsschuld. — Auch Niebuhr hat in dem 3. Theile s. Geschichte diese Erweiterung zugegeben. Vgl. G. F. Puchta Instit. Bd. II. S. 216. not. r.

3) S. Dabelow a. a. O. S. 85 flg.

4) Gellius XX. 1.

5) Dafür spricht Quinctil. Inst. orator. III. 6. „quam legem mos publicus repudiavit." — Tertullian Apolog. c. 4. „Consensu tamen publico crudelitas postea erasa est." — Zimmern R. G. §. 46. not. 21 flg. — Puggé im Rhein. Mus. II. 1. 87 flg. — Vielleicht war sogar schon vor der lex Petillia Papiria das partes secare nicht mehr als geltendes Recht angesehen. Denn sonst würde die lex wahrscheinlich diese Unmenschlichkeit ausdrücklich aufgehoben haben, da ihr schon das „teneri in compedibus et in neruo" eine zu harte Behandlung zu seyn schien.

6) Zimmern §. 46. a. E. und §. 76.

der bereits früherhin schon vorhandenen bonorum sectio nachgebildet.[7]) — Einer Nachricht von Gajus zufolge[8]) soll dieselbe von dem Prätor Publius Rutilius (welcher im Jahr 649 das Consulat bekleidete) eingeführt worden seyn. Allein es läßt sich mit Grund vermuthen, daß die Einrichtung factisch schon früher vorhanden war, und nur von Rutilius zuerst in das Edict aufgenommen wurde.[9]) Das duci jubere ward übrigens durch die bonorum venditio keineswegs verdrängt, sondern konnte in Verbindung mit dieser vorkommen.[10])

§. 7.

Verfahren.

Das Verfahren bei der bonorum venditio war folgendes;[1])

I. Zuerst mußte bei der Obrigkeit entweder von einem[2]) oder von mehreren Gläubigern ein mit Gründen

---

[7]) Sectio bonorum hieß der Verkauf eines von dem Staate confiscirten Vermögens. — Gaj. IV. 146. Ascon av Cic. Verr. I. 20. Frid. C. G. Stieber De bonor. emtione apud veteres Romanos Lips. 1827. — Zimmern §. 76.

[8]) Gaj. IV. 35.

[9]) Puggé im Rhein. Mus. II. 1. S. 90. G. F. Puchta a. a. O. S. 217.

[10]) Lex Gall. Cisalpin. c. 22. „eosque duci, bona eorum possideri, proscreibeive, veneireque jubeto.“ Bei Abwesenden war aber freilich nur die b. v. allein möglich.

[1]) Cicero pro Quinct. c. 6. 8 23. — Gaj. III 79. — Theophil. ad J. III. 12 pr. — Stieber, Dis. cit. — Zimmern §. 79. Dr. Aug. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproc. I. Abth. I. Bd. S. 306 flg.

[2]) Denn, wenn auch nur Einer die possessio erwirkt hat, so kam diese doch auch den übrigen Creditoren zu Statten.

unterstütztes Gesuch um die Einweisung in den Besitz des schuldnerischen Vermögens angebracht werden.

II. Fand die Obrigkeit den Fall dazu geeignet (S. §. 8.), so wurde durch ein Decret die missio in bona debitoris wirklich ertheilt, und zugleich die proscriptio bonorum, d. h. die Feilbietung durch öffentliche Proclame gestattet. [3])

III. In diesem Zustande blieb die Sache regelmäßig 30 Tage lang nach der Ertheilung des Decrets, ausgenommen bei der missio in den Nachlaß eines Verstorbenen, bei welcher die Frist auf 15 Tage beschränkt war. [4])

IV. Nach dem Ablaufe dieser Frist versammelten sich die Gläubiger in Folge obrigkeitlicher Verfügung, um aus ihrer Mitte den magister, per quem bona veneant, d. h. einen Geschäftsführer zu wählen, welcher den Verkauf des Vermögens zu leiten und zu vollziehen hatte. Zu diesem Zweck wurden hierauf

V. die Kaufs-Bedingungen, — die lex bonorum vendendorum von den Gläubigern verabredet. Insbesondere wurde bestimmt, wie viel Procente wenigstens der Käufer den Creditoren von ihren Forderungen zu bezahlen habe. [5])

VI. War diese lex öffentlich bekannt gemacht, so wurde abermal 30 und resp. 15 Tage [6]) lang zuge-

---

— Fr. 5. §. 2. D. 36. 4. (Ut in poss. leg.) — F. 12. pr. D. 42. 5. (De bon. auct. jud.).

[3]) Theophil. ad J. III. 12. pr. — Brisson v. proscribere.

[4]) Gaj. III. 79.

[5]) Theophil. l. c. — Hugo R. G. S. 614.

[6]) In dem MS. von Gajus steht zwar XX: allein ohne

wartet, und erst dann ließ die Obrigkeit dem Meistbietenden (bonorum emptor) das Vermögen durch den magister zuschlagen (addicere).[7])

§. 8.

Fälle, in denen die bon. vend. stattfand.

Das so eben beschriebene Verfahren konnte übrigens nur in folgenden Fällen[1]) stattfinden:

A. Bei Lebzeiten des Schuldners, wenn dieser entweder a) als confessus in jure oder als judicatus innerhalb der vorgeschriebenen Frist[2]) nicht Zahlung leistete;[3]) oder, wenn er sich b) fraudationis causa verborgen hielt, und kein defensor für ihn auftrat;[4]) c) wenn er abwesend war, und nicht defendirt wurde;[5])

Zweifel ist dieses ein Schreibfehler. Zimmern §. 79. not. 33.

[7]) Durch den Prätor selbst geschah hier die addictio nicht, denn Gajus sagt ausdrücklich: („Praetor bona) emtori addici jubet."

[1]) S. darüber überhaupt: Cicero pro Quinct. c. 19. — Gaj. III. 77. 78.

[2]) Gaj. l. c. „Item judicatorum post tempus, quod eis partim lege XII. tab. partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. — Vergl. darüber: Gell. lib. XV. c. 13. lib. XX. c. 1. — c un. Cod. Theod. 4. 19. (De usur. rei jud.) — Fr. 2. D. 42. 1. (De re jud.) — Zimmern §. 77. not. 21 bis 23.

[3]) Dieser Fall war vermuthlich der älteste, obwohl ihn Gajus zuletzt anführt. S. Zimmern a. a. O. §. 77. not. *

[4]) Gaj. III. 78. — Fr. 7. §. 1. D. 42. 4. Das „latitare" allein war noch nicht hinreichend, sondern es mußte fraud. cred. causa geschehen. Fr. 7. cit. §. 5.

[5]) Dieser Fall ist zwar bei Cicero in den gewöhnlichen Ausgaben nicht ausdrücklich erwähnt. Allein in den Hand-

B. Nach dem Tode des Schuldners konnte es zur bonorum venditio kommen, wenn es gewiß war, daß sich für seinen Nachlaß kein successor finde. [6])

Daß in allen diesen Fällen Insolvenz des Schuldners vorausgesetzt wurde, ist zwar nirgendwo gesagt. Allein, mit Ausnahme des Falles A. c. wird sie wohl beinahe immer vorhanden gewesen sein. [7]) — Auch mußten nicht gerade jedesmal mehrere Gläubiger da seyn, wenn es zur bonorum venditio kommen sollte. Das im §. 7. dargestellte Verfahren setzte jedoch in einigen Punkten offenbar einen concursus creditorum voraus. [8])

§. 9.

Wirkung der missio.

Die Wirkung der missio bestand nicht etwa darin, daß die Gläubiger Eigenthümer des schuldnerischen Vermögens wurden, [1]) sondern sie erhielten bloß den Besitz, und zwar nicht den juristischen, sondern bloß eine detentio

---

schriften scheint hier eine Lücke zu seyn. Zimmern a. a. O. not. 3. Gajus sagt: „qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur.“ Latitare und abesse waren aber nicht gleichbedeutend. Fr. 7. §. 17. D. 42. 4.

[6]) Cicero pro Quinct. c. 19. — Gajus l. c. — c. 6. C. 7. 72.

[7]) Schweppe R. R. G. 2te Ausg. §. 587.

[8]) Außer den im §. angeführten Fällen gibt Cicero pro Quinct. c. 19 auch noch den an, si quis exilii causa solum verterit. Vergl. Fr. 13 D. 42. 4. — Gajus sagt aber nichts davon. Dagegen bemerkte dieser, daß es auch dann zur b. v. kommen konnte, wenn der Schuldner ex lege Julia bonis cedirte. III. 78. Hievon aber später.

[1]) c. 6. u. 8. C. 7. 72.

zum Behufe der custodia.[2]) Zum Schutze gegen Störungen und Eingriffe war ihnen jedoch eine actio in factum zugesichert.[3]) — Außerdem entstand durch die missio für die Gläubiger ein prätorisches Pfandrecht[4]) an den Gütern des Schuldners, und endlich die Befugniß, zum wirklichen Verkauf zu schreiten, welcher jedoch bis zum letzten Augenblicke durch eine hinreichende defensio abgewandt werden konnte.[5])

§. 10.

Gläubiger, welche an der bonor. poss. Theil nahmen, und Verhältniß derselben.

An den Wirkungen der missio nahmen ohne Zweifel alle Gläubiger mit bloß persönlichen Forderungen[1]) Theil, nicht bloß diejenigen, welche ursprünglich den Antrag auf die missio gestellt hatten, sondern auch solche, welche sich erst später hinzugesellten. Denn die missio war eine Maßregel zum gemeinschaftlichen Besten sämmtlicher Gläubiger (in rem permittitur).[2]) Nur mußte freilich das spätere Anschließen noch zeitig genug geschehen.[3]) In Bezug auf das Verhältniß die-

---

[2]) Fr. 3. §. 23. Fr. 10. §. 1. D. 41. 2. — Fr. 3. §. 8. D. 43. 17.

[3]) D. 43. 4.

[4]) Fr. 26. pr. D. 13. 7. — Fr. 35. D. 42. 5.

[5]) Fr. 33. §. 1. D. 42. 5.

[1]) Sie mochten nun mit einem privilegium exigendi versehen seyn oder nicht.

[2]) Fr. 12. pr. D 42. 5.

[3]) Wie lange die Gläubiger Zeit dazu hatten, ist nicht gewiß. Von einer förmlichen Ladung mit Androhung der Präclusion findet sich keine Spur. Für die an dem Ort

ser Gläubiger galt, so lange der Zustand der possessio fortdauerte, die Regel: omnium par est conditio, d. h. Keiner von ihnen besaß für sich allein,[4]) — Keiner konnte abgesondert und vor den übrigen irgend einen Vortheil aus der Masse erlangen, dagegen konnte aber auch Jeder für den zum Vortheil des Ganzen gemachten Aufwand Ersatz in Anspruch nehmen.[5]) — Von dieser Regel waren auch die Gläubiger mit einem privilegium exigendi nicht ausgenommen. Das privilegium gewährte ihnen nur den Vorzug, daß sie zuerst von dem bonorum emptor ihre Befriedigung begehren konnten, weßhalb auch den nicht privilegirten Gläubigern kein Gebot geschehen konnte, wenn nicht vorher den privilegirten volle Zahlung zugesichert war.[6])

Ueber das Verhältniß der Pfandgläubiger im Concurse fehlt es uns an directen Nachrichten. Wahrscheinlich verhielt sich jedoch die Sache auf folgende Art:

1) Faustpfandgläubiger hatten nicht nöthig, sich auf das Concursverfahren einzulassen. Denn da sie bereits ein Mittel zu ihrer Befriedigung in Händen hatten,

---

der Proscription selbst wohnenden Gläubiger ersetzte freilich gewissermaßen die öffentliche proscriptio die Stelle einer Ladung. Denn die herkömmliche Frist (S. oben §. 7. nro. III.) war ohnehin bekannt, und für die ortsanwesenden Creditoren auch lang genug. — Ob aber und wie für die auswärtigen Gläubiger gesorgt wurde, für welche die üblichen proscriptiones offenbar nicht ausreichten, ist unbekannt. — Die c. 10. C. 7. 72. kann auf das ältere Recht begreiflich nicht bezogen werden.

[4]) Fr. 5. §. 2 D. 36. 4.

[5]) Fr. 6. §. 7. Fr. 10. §. 16 D. 42. 8. — Fr. 9. pr. D. 42. 5.

[6]) Zimmern R. G. III. Bd. §. 80. a. E.

so brauchten sie ein solches nicht erst durch die missio zu erwerben, und bei dem häufigen Gebrauche der damals noch erlaubten lex commissoria [7]) bedurften sie oft gar keiner weitern Hülfe. — Dasselbe galt

2) wohl auch von Hypothekgläubigern, insofern die verpfändete Sache schon vor der missio auf gültige Art an einen Dritten veräußert worden war. Denn in diesem Falle konnten sie ihr dingliches Recht gegen den dritten Besitzer verfolgen. — Befand sich endlich

3) die verpfändete Sache noch unter den bonis possessis, so blieb zwar dem Gläubiger gewiß auch sein Realrecht, d. h. er brauchte sich nicht mit den chirographariis auf eine Linie zu stellen, und gleich ihnen auf gewisse Procente seiner Forderung zu unterhandeln, sondern er konnte gegen den magister auf volle Befriedigung oder auf Herausgabe und Veräußerung der verpfändeten Sache dringen. Da jedoch dem bonorum emtor wesentlich daran gelegen sein mußte, den Betrag der etwa noch auf den Gütern haftenden, und natürlich von ihm zu übernehmenden Hypothekschulden kennen zu lernen, weil er außerdem den Concursgläubigern ohne eigene Verlustgefahr kein Angebot machen konnte, so frägt sich, ob sich solche Hypothekgläubiger nicht wenigstens im Concursfahren bei Vermeidung des Verlusts ihres Pfandrechtes melden mußten? — So geneigt man nun auch aus dem Grunde des praktischen Bedürfnisses seyn möchte, diese Frage zu bejahen, so scheint doch nach Röm. Rechte angenommen werden zu müssen, daß dem Hypothekgläubiger die bonorum venditio nicht präjudicirte, auch wenn er sich nicht gemeldet hatte.

---

[7]) Hugo R. G. S. 619. Z. 23.

Denn der Verkauf der verpfändeten Güter hebt ja auch sonst das Pfandrecht nicht auf, wenn nicht der Gläubiger ausdrücklich dazu einwilligte,[8]) und aus den Eingangsworten der c. 10. C. 7. 72[9]) kann man ebenfalls schließen, daß die Pfandgläubiger auch schon in früherer Zeit nicht nöthig hatten, sich zu melden. — Vielleicht suchten sich jedoch die bonorum emtores durch eigens zu diesem Zweck erlassene öffentliche Aufforderungen sicher zu stellen.[10])

§. 11.

Wirkungen der venditio selbst.

Die Wirkung der venditio selbst bestand, so weit sich dieselbe I. auf den bonorum emtor bezog, darin, daß er dem Schuldner per universitatem succedirte.[1]) — Der emtor erhielt daher 1) das Eigenthum an allen Sachen, welche zu dem Vermögen des Debitors gehör-

---

[8]) Fr. 7. pr. D. 20. 6.

[9]) „Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, pro quibus hypothecae non sunt constitutae etc.“ — Vergl. Zimmern R. G. III. Bd. §. 80. not. 8. — Schwepp. R. G. §. 589. Bethmann-Hollweg Hdb. S. 312. — Abweichender Meinung war Heffter Instit. S. 565. nro. 5. Vergl. aber jetzt die 2te Aufl. S. 641. nro. 526. — Mackeldey Lehrb. § 763.

[10]) c. 6. C. 8. 26. Dieses Rescript gehört freilich einer spätern Zeit an. Möglich wäre es jedoch, daß man sich schon früher dieses Mittels bedient hätte. Nur hinsichtlich der abwesenden Pfandgläubiger würde dasselbe auch nicht genützt haben.

[1]) Gaj. II. §. 97 und 98. — III. §. 77. Theophil. ad pr. J. 3. 12.

ten; 2) konnten nunmehr alle actiones, welche bisher dem Schuldner zustanden, von ihm, aber freilich auch 3) die bisher gegen den Schuldner begründeten wider ihn angestellt werden [2]) — Da er jedoch nicht jure civili, sondern nur praetorio succedirte,[3]) so war auch sein Eigenthum nur ein prätorisches, und die actiones waren nur utiles.[4])

---

[2]) Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß persönliche Ansprüche noch frühzeitig genug angemeldet worden seyn mußten, und daß der emtor auch hinsichtlich der angemeldeten nur für die bedungenen Procente haftete. Der Beweis der Forderungen (Liquidation) war, dem emtor gegenüber, wohl erst post venditionem nothwendig, und nicht schon früher, um Theilnahme an der Immission zu bewirken.

[3]) Theophil. ad pr. J. 3. 12. — Der früherhin dagegen erhobene Zweifel (v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. R. W. Bd. II. S. 375. not. 25.) ist nunmehr durch Gajus beseitigt. Gaj. III. 80. 81 — IV. 35. — Varro d. R. R. II. 10, welcher jenen Zweifel veranlaßte, ist wohl nur auf den Fall zu beziehen, wenn die bona eines damnatus et proscriptus öffentlich verkauft wurden. Denn in diesem Falle geschah der Verkauf sub hasta, und die addictio durch einen römischen magistratus, nicht wie bei der venditio propter privata debita bloß durch einen Privatmann (magister). S. darüber G. F. Puchta in den Jahrb. der jurist. Literat. Bd. 4. S. 133 und 134. — Puggé im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. II. Hft. I. S. 87 bis 93. — Zimmern R. G. Bd. III. §. 76. — Um den Besitz der zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen Sachen zu erlangen, hatte der emtor ein interdictum possessorium, ähnlich dem interdictum quorum bonorum. Gaj. IV. 145. Bethmann-Hollweg a. a O. S. 311.

[4]) Die actiones, deren sich der bonornm emtor gegen die Debitoren des Schuldners bedienen konnte, waren die Ru-

II. Der Schuldner erlitt aber 1) in Folge der bon. venditio ein deminutio famae,[5]) und 2) es erloschen durch dieselbe in der Regel die actiones ex ante gesto, d. h. die Klagen, welche schon ante bon. vend. von ihm oder gegen ihn hätten angestellt werden können.[6])

---

tiliana und die Serviana. Bei dieser klagte er, ficto se herede; bei jener gebrauchte er die Formel, welche sonst bei dem Procurator üblich war (ficto se procuratore). Gaj. III. 81. und IV. 35. vergl. mit 86 Wahrscheinlich fand die Rutiliana actio dann statt, wenn der Schuldner noch lebte, die Serv. wenn er bereits gestorben war, weil hier nicht mehr aus der Person des Schuldners intendirt werden konnte. Zimmern a. a. O. §. 80 not 6. Anders erklärt die Sache Puggé a. a. O. S. 93. a. E.

[5]) Cicero pro Quinct. c. 15: „Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur." — Tab. Heracl. in Hugo's civil. Mag. III. Bd. 3. Hft. S 377, wo der „cujus bona ex edicto possessa, proscriptave sunt" mit andern infamia notatis von den Aemtern in den Städten ausgeschlossen wird — Gaj. II. 154. — Tertul. apol. c. 4. Eine Ausnahme macht die tab. Heracl. bei Pupillen, und reipubl. caus. absent Wenn die wirkliche venditio abgewandt wurde, so cessirte wohl auch die infamia. Cicero und die tab. Heracl. knüpfen zwar diese Folge schon an die poss. und proscript.; wahrscheinlich aber aus dem Grunde, weil, wenn es einmal so weit gekommen war, in der Regel die venditio nicht ausblieb. Vergl. noch: Dr. Fr. X Zenger über das vadimonium der Römer Landshut 1826. S. 73. flg.

[6]) Daß dem Schuldner selbst keine actio ex ante gesto mehr gegeben wurde, ist ausdrücklich gesagt in Fr. 4. D. 42. 7. und Fr 40. D. 38. 1. — Was die actiones ex ante gesto gegen den Schuldner betrifft, so scheinen sich in dieser Hinsicht Gaj. II 155 und Fr. 25. §. 7. D. 42. 8. (von Venulej.) zu widersprechen. — In der letzteren

§. 12.

Cessio bonorum.

Ein Mittel, die bisher angeführten harten Folgen der Zahlungsunfähigkeit wenigstens theilweise zu mildern,

---

Stelle ist nämlich eine Meinung von Mela referirt, welcher zufolge „nulla actio in eum (fraudatorem) ex ante gesto post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent.“ — Gajus aber bemerkt: „cum caeterorum hominum, quorum bona venirent, pro (residua) portione, si quid postea adquirant, etiam saepius bona venire soleant.“ — Allein Gajus setzt voraus, daß der Schuldner nachher neuerdings etwas erworben habe (si quid postea adquirat), während in dem Fr. 25. §. 7. D. vielmehr das Gegentheil vorausgesetzt zu werden scheint. Vielleicht lassen sich also beide Stellen auf folgende Art vereinigen: Wenn die bon. vend. geschehen ist, so können die alten Gläubiger (ex ante gesto) gegen den Schuldner in der Regel nicht mehr mit Erfolg auftreten. Denn „iniquum esset etc.“ Dieß ist die Regel. Hat aber der Schuldner post venditionem neuerdings etwas erworben, so können sie wiederholt auf bon. vend. antragen. Nur dann wird ihnen, auch ohne neuen Erwerb, eine actio (die Pauliana) gegen den Schuldner gegeben, wenn ihm dolose Veräußerung zur Schuld gelegt werden kann, in welchem Falle aber die Klage nur auf Personalexecution gerichtet seyn konnte. — Dr. Aug. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproc. Bonn 1834. I. Abth. 1. Bd. S. 313. Eine andere Frage wäre die, ob die Nachklage nur solchen Gläubigern zustand, welche an der missio Theil genommen, oder auch solchen, welche sich gar nicht gemeldet hatten? Zimmern R. G. Bd. III. S. 244. not. 29.) glaubt das Erstere, gestützt auf die Annahme einer durch bonor. vend. bewirkten cap. deminutio. Allein diese Ansicht hat kein bestimmtes Zeugniß für, und manches Bedenken gegen sich, z. B. das von

ward den Schuldnern durch eine lex Julia[1]) gegeben, welche die cessio bonorum einführte. Wenn nämlich der Schuldner freiwillig den Gläubigern sein ganzes[2]) Vermögen abtrat, so entging er dadurch a) der Personalhaft;[3]) — er vermied b) die infamia,[4]) und war c) gegen die Klagen der Creditoren, welche aus den abgetretenen Gütern ihre Befriedigung nicht erlangen konnten,

---

Mela in Fr. 25. §. 7. D. angegebene Motiv „quia iniquum esset etc.“ Es scheint daher, daß auch die (wie wir sagen würden) präcludirten Gläubiger ein Recht zur Nachklage gegen den Schuldner in obigen Ausnahmsfällen behielten. Nach Justin. Rechte ist dieses außer Zweifel. c. 10 in f. pr. C. 7. 72.

[1]) c. 4. C. 7 71. — Ob diese lex Julia von Cäsar oder von August herrührt, läßt sich bei dem Mangel an Nachrichten nicht mit Gewißheit angeben. Hugo R. G. S. 771 Z. 22. vergl. mit S. 717. Z. 22. — Die Neuern sind geneigter, sie August zuzuschreiben. Dabelow ausführl Entwick. ꝛc. S. 118 flg. Zimmern R. G. I. §. 36. not. 15 — Bethmann-Hollweg Hdb. S. 325. not. 1 Götting. gel. Anzeig., v J. 1837. St. 132. S. 1312.

[2]) Jedoch nur das gegenwärtige (s. unten Not. 6) so weit dasselbe auch ohne cessio an die Gläubiger hätte kommen können. — Daß das Vermögen eines Dritten nicht darunter begriffen war, versteht sich von selbst. C. 3. c. 7. 71. — Aus Rücksichten der Billigkeit ist wohl auch dem Schuldner von seiner eigenen Habe Manches überlassen worden. Dabelow a. a. O. S. 127.

[3]) c. 1. C. 7. 71. — Denn daß die Personalexecution durch die Einführung der proscript. und vend. nicht aufgehoben wurde, sondern neben dieser vorkommen konnte, ist bereits oben bemerkt worden.

[4]) c. 21. C. 2. 12. (von Alex.) — Vergl. c. 8. C. 7. 71. (von Justinian). — In der Tabul. Heracl. c. 8. werden

so lange durch eine exceptio geschützt,[5]) als er nicht neuerdings ein bedeutendes Vermögen erworben hatte.[6]) — Ja selbst dann, wenn dieser Fall wirklich eintrat, konnte er d) nur in quantum facere poterat condemnirt werden.[7]) — Um jedoch von dem beneficium cess. bonorum Gebrauch machen zu können, mußte der Debitor 1) der Schuld geständig, oder bereits verurtheilt,[8]) und 2) nicht durch eigenes Verschulden in den Zustand der Insolvenz gerathen seyn[9]) — Ob nicht anfänglich eine gewisse Solennität bei der cessio bonorum erforderlich war, ist ungewiß.[10]) Späterhin genügte jede, auch außergerichtliche formlose Erklärung.[11]) — Abgesehen von den vorhin bemerkten Abweichungen traten aber dieselben Wirkungen ein, wie bei der missio. Auch die cessio bonorum kam nämlich 1) allen Creditoren zu statten,[12]) 2) die Gläubiger wurden ebenfalls nicht Eigenthümer der abgetretenen Güter, sondern erhielten nur den Besitz und dessen Ver-

---

jedoch auch Solche für unfähig zu städtischen Aemtern erklärt, welche ihre Zahlungs-Unfähigkeit beschworen, oder mit ihren Gläubigern accordirt hatten.

[5]) c. 3. C. 7. 72. — §. 4. J. 4. 14. De replic.

[6]) Fr. 6 u. 7. D. 42. 3. — Ob der neue Erwerb erheblich genug sey, stand im Ermessen der Obrigkeit.

[7]) Fr. 4. pr. D. 42. 3. — §. 40. J. 4. 6.

[8]) Fr. 8. D. 42. 3. —

[9]) C. 1. Theod. Cod. 4. 20.

[10]) Die c. 6. pr. C. 7. 71 spricht zwar von einer scrupulositas priorum legum; aber Fr. 9. D. 42. 3. und c. 2. Theod. Cod. 4. 20. erklären jede formlose Erklärung für genügend.

[11]) Fr. 9. D. cit. und c. 6. pr. C. 7. 71.

[12]) Fr. 4. §. 1. D. 42. 3.

kaufsrecht, [13]) und 3) die venditio bonorum bewirkte gleichfalls eine prätorische Universalsuccession. [14])

§. 13.

3) Distractio bonorum ohne Universalsuccession.

Die Schwierigkeit, einen bonorum emtor zu finden, welcher den Gläubigern billige Procent bot, hat vielleicht dazu Veranlassung gegeben, daß die Gläubiger selbst es vorzogen, anstatt das oben (§. 7.) beschriebene strenge Verfahren einzuleiten, nur einen Curator zu wählen, um durch ihn das Vermögen im Einzelnen veräußern zu lassen, und den Erlös verhältnißmäßig unter sich zu vertheilen. — Daß sie dieses ungehindert thun konnten, ist wohl kaum zu bezweifeln. [1]) Der Schuldner

---

[13]) c. 4. C. 7. 71. — Bis zum Verkaufe konnte selbst der Schuldner immer noch einlösen. Fr. 3. und 5. D. 42. 3.

[14]) Gaj. II. 98. u. III. 78. — Bethmann-Hollweg Hdb. S. 326.

[1]) Die zwei Hauptstellen sind hier Fr. 9. D. 27. 10. (von Neratius) und Fr. 5. D. eod. (von Gajus.) — Diesen Stellen zufolge wird nun zwar gewöhnlich angenommen, daß der Uebergang von der bon vend. mit Universalsuccession zur distractio im Einzelnen durch den Senat vermittelt worden sey. — Heffter (Instit des Civilproc S. 563) nimmt an, der Senat habe (wahrscheinlich in einzelnen Fällen, aber nicht bloß aus Rücksicht auf den Stand des Schuldners) gestattet, das Vermögen eines insolventen Schuldners durch einen Curator verkaufen zu lassen. Bethmann-Hollweg (Handb. I. 1. S. 327. u.) hingegen glaubt, daß der Senat jenes beneficium ursprünglich bloß für Personen senatorischen Ranges eingeführt habe. — Zimmern (R. G. III. S. 256) ist der Meinung, daß ein Senatusconsult bei claris personis die distractio unbedingt anstatt der bon. vendit. angeordnet, bei andern Personen aber den Gläubi-

wenigstens hatte keinen Grund, dagegen Einsprache zu thun, weil a) seine existimatio dabei geschont blieb,[2]) und weil b), wenn durch den Verkauf etwa mehr erlöst wurde, als was zur Befriedigung der Gläubiger nothwendig war, der Ueberschuß ihm zu gute kam.[3]) — Hatten jedoch die Creditoren einmal diesen gelinderen Ausweg gewählt, so konnten sie nicht mehr zu dem strengeren der bonor. vendit. zurückkehren.[4]) — Verarmten

---

gern die Wahl gelassen habe, auf diese oder jene anzutragen. — Ich halte die im §. ausgedrückte Ansicht für wahrscheinlicher. Die Gläubiger hatten schon früher, ehe noch ein Sct. dieser Art bekannt war, die Befugniß, anstatt der bon. vend. die distr. im Einzelnen vorzuziehen. Denn das beneficium, dessen Neratius im Fr. gedenkt, war zunächst doch wohl ein benef. für den Schuldner. Es ist aber nicht wohl abzusehen, warum ihm die Gläubiger diese Wohlthat nicht auch ohne Ermächtigung von Seite des Senats, aus freiem Antriebe hätten sollen angedeihen lassen können, da nur sie und der Schuldner dabei interessirt waren, der letztere aber wohl nichts dagegen einzuwenden hatte. — Weil aber doch der Schuldner nicht sicher war, welchen Weg die Gläubiger ergreifen würden, so wandte er sich zuweilen an den Senat, um durch einen Beschluß von seiner Seite den Creditoren den nachtheiligeren Weg der vend. zu versperren; (Fr. 9. cit.) und, — war der Bittsteller eine clara persona, so wurde ihm diese Wohlthat nicht verweigert (Fr. 5. cit.). — Vergl. Fr. 1. §. 1. D. 42. 7. — Bezweifelt wird jedoch die hier vertheidigte Ansicht in den Götting. gel. Anzeig. a. 1837 St. 132. S. 1312.

[2]) Fr. 5. cit. „Ut honestius ex bonis ejus creditoribus solueretur."

[3]) Fr. 45. §. 12. D. 49. 14. — Fr. 6. pr. D. 42. 5.

[4]) Fr. 9. D. 27. 10. „Sicut enim integra re potestas ipsorum est, utrum velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent."

senatorischen Familien konnte übrigens in einzelnen Fällen selbst durch einen Senatsbeschluß das beneficium ertheilt werden, daß ihr verschuldetes Vermögen nicht der venditio unterworfen, sondern nur durch einen Curator im Einzelnen verkauft werden dürfe.[5]) — Dieses für den Schuldner gelindere, und wahrscheinlich auch für die Gläubiger vortheilhaftere Verfahren hat allmählich die bonor. venditio des älteren Rechts gänzlich verdrängt. Wie lange noch beide nebeneinander vorkamen, läßt sich nicht angeben.[6]) Theophilus bringt das Aufhören der bonor. vend. mit dem Untergange der conventus in Verbindung.[7]) Wie aber Dieses zusammenhing, ist nicht klar. — Die missio in bona debitoris mußte übrigens auch hier vorausgehen,[8]) so wie überhaupt alle Grundsätze des älteren Rechtes, welche nicht unzertrennlich mit der successio des emtor bonorum in univers. zusammenhingen, auch auf das neue Verfahren übertragen wurden.[9]) Daher mußte namentlich die Wahl des Curators auch unter obrigkeitlicher Autorität geschehen,[10]) und die Gläubiger durften das Vermögen des Schuldners nicht geradezu unter sich vertheilen, sondern mußten es zum Verkaufe kommen lassen.[11])

---

[5]) F. 5. und 9. D. 27. 10.

[6]) S. Zimmern a. a. O. S. 257. not. 8. 9. und 10.

[7]) Theoph. ad. pr. J. 3. 12.

[8]) Heffter Instit. S. 562. nro. 3. — Zimmern a. a. O. S. 257.

[9]) Selbst der Satz, daß dem Schuldner keine actio ex ante gesto mehr gestattet sey, wurde beibehalten Fr. 4. D. 42. 7.

[10]) Fr. 2. pr. D. 42. 7.

[11]) c. 4. C. 7. 71.

§. 14.

4) Verfahren nach Justinians Vorschriften.

Justinian selbst hat sich zunächst nur mit der Frage beschäftiget, ob und wie für diejenigen Chirographargläubiger gesorgt werden soll, welche die missio in bona ursprünglich nicht ausgewirkt hatten [1]) — Um daher ein vollständiges Bild des Concurs-Processes zu erhalten, wie derselbe zu Justinians Zeit beschaffen war, oder doch beschaffen sein sollte, muß man auch auf die Bestimmungen des älteren Rechts Rücksicht nehmen, welche Justinian in seine Sammlung aufnehmen ließ, und welche er durch diese Aufnahme mittelbar zu seinen eigenen machte. Die Zusammenstellung dieser Bestimmungen und der unmittelbar von ihm herrührenden neuen Vorschriften liefert aber im Wesentlichen folgendes Resultat:

I. den Anfang des Verfahrens machte auch jetzt noch die missio in bona, [2]) welche auf Ansuchen [3]) auch nur einiger [4]) Creditoren durch eine judicialis sententia [5]) ertheilt wurde.

---

[1]) c. 10. C. 7. 72. (De bonis auctor. jud. possid. etc.) — Nach Justinians Aeußerung im Eingang dieser Verordnung war die Frage bei den älteren Juristen zweifelhaft. (Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus etc. ...... hujusmodi dubitationem amputantes censemus etc.) Aus dem Fr. 12. pr. D. 42. 5. (Paul., libro LIX. ad Edictum) ergibt sich jedoch, daß die von Justinian vorgezogene Meinung schon dazumal die vorherrschende war. —

[2]) Abgesehen von dem Falle der cessio bonorum, von welcher später besonders.

[3]) Von Amtswegen wurde die missio nie erkannt.

[4]) c. 10. pr. C. cit. „Si non omnes hujusmodi debita praetendentes, sed ex his certi ab judiciali sententia in possessionem rerum mittantur etc.

[5]) S. die vorige Note.

II. Um dieses Gesuch mit Erfolg stellen zu können, mußte entweder a) der debitor judicatus oder confessus seyn, und doch nicht zahlen, oder b) er mußte sich durch die Flucht, durch Verborgenhalten,[6]) oder Ungehorsam seinen Gläubigern entzogen haben, ohne daß Jemand seine defensio übernahm. — Auch in diesem letzten Falle mußten übrigens die Gläubiger vorher noch ein Urtheil wider den Abwesenden ausgewirkt haben, um die missio erlangen zu können.[7])

III. Die ertheilte missio kam nicht bloß den Gläubigern zu gute, welche selbst darum gebeten, sondern auch solchen, die sich damals noch nicht gemeldet hatten.[8])

---

[6]) c. 9. c. 7. 72. „Nam si ad circumscriptionem tui juris latitat, nec defenditur, et cum tuum esse debitorem constat: ad exemplum edicti bonorum ejus possessionem poteris impetrare. — c. 10. pr. C. cit. „Dum is severiores creditores formidans, sese celaverit“ etc. Daß auch gegen den confessus oder judicatus, welcher nicht zahlte, die missio in bona noch immer stattfinden konnte, ist nicht zu bezweifeln, indem Justinian die darauf Bezug habenden Bestimmungen des älteren Rechtes in seine Sammlung aufnehmen ließ. Der gewöhnliche Fall scheint aber doch der der latitatio oder absentia gewesen zu seyn. Bethmann-Hollweg Hdb. S. 340. not 11. — Auch die Gläubiger eines ohne Erben verstorbenen Schuldners konnten ohne Zweifel auf die missio antragen. Fr. 1. D. 42. 7.

[7]) Bethmann-Hollweg Handbuch S. 340. und 341. not. 13.

[8]) c. 10. C. cit. „Censemus per praesentem divinam generalem constitutionem, ut si non omnes hujusmodi debita praetendentes, sed ex his certi ab judiciali sententia in possessionem rerum mittantur, non solum hi, sed etiam alii omnes talia debita praetendentes, eadem commoditate potiantur, ut postint cum priori-

Damit jedoch die ersteren nicht zu lange hingehalten würden, verordnete Justinian, die anfänglich nicht erschienenen Gläubiger sollten nur dann an der decretirten missio Theil haben, wenn sie a) als praesentes, — d. h. in derselben Provinz sich aufhaltend, in welcher auch die bereits mittirten Gläubiger wohnten, — innerhalb zwei, als absentes aber längstens innerhalb vier Jahren den bereits eingewiesenen Creditoren ihre Forderung anmeldeten und gehörig liquidirten;[9]) — und wenn sie ferner b) den mittirten Gläubigern auch die bisher bestrittenen Auslagen, deren Betrag eidlich erhärtet werden mußte, verhältnißmäßig ersetzten.[10]) — Nach dem

---

bus rerum detentoribus communionem habere in rebus, de quibus, sicut superius declaratur, prolata fuerit sententia. Quid enim justius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes hujus commoditatis.

[9]) c. 10. pr. c. cit. — „Ut autem non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse, praegrauentur, rectius nobis esse videtur, tunc communionem habere in possessione rerum alios creditores, qui non hoc peregisse noscantur, cum praesentes quidem in una eademque degentes provincia, in qua et possessores rerum commorantur intra duorum annorum spatia, absentes autem intra quadriennium creditoribus possessionem antelato modo detinentibus suum debitum certum faciant.“

[10]) „Expensas secundum quantitatem debitorum persoluant eis, qui sententias consecuti sunt, per sacramentum eorum manifestandas, qui eas adipiscendae gratia possessionis rerum sustinuerunt, quia et secundum debita satis eis fieri, explorati juris est.“ c. 10. pr. c. cit.

Ablaufe der zwei, resp. vier Jahre behielten zwar die Nichterschienenen ihr Klagerecht wider den Schuldner;[11]) — auch konnten sie sich an Das halten, was etwa von der Concursmasse noch übrig geblieben war;[12]) aber die bereits befriedigten Gläubiger sollten durch sie in keiner Weise mehr beunruhigt werden[13]).

IV. Nach erlangter missio traten ohne Zweifel die Gläubiger vor der Obrigkeit[14]) zusammen, um einen curator zu wählen, welcher die Reinstellung des schuldnerischen Vermögens und die Verwaltung desselben zu besorgen hatte, weßhalb auch utiliter von ihm und gegen ihn geklagt werden konnte.[15]) — Die Wahl geschah nach

---

[11]) „Post completum autem memoratum tempus nullam eis esse licentiam, eos, qui possessionem adepti sunt, molestare vel aliquibus damnis afficere; actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores.“ c. 10. pr. C. cit.

[12]) S. unten Note 30.

[13]) S. N. 11.

[14]) Fr. 2. pr. D. 42. 7. — „De curatore constituendo hoc jure utimur, ut Praetor adeatur, isque curatorem, curatoresque constituat ex consensu majoris partis creditorum; vel praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt. — In der c. 10. C. 7. 72. kommt freilich der curator ausdrücklich nicht vor. Allein mit den Worten im §. 1. jener Verordnung: praesente eo, qui res vendiderit, vel in alias personas transtulerit; — dann später: „jusjurandum venditore vel translatore praestante“ — kann doch wohl nur der curator gemeint sein. — Auch die übrigen in die Sammlung aufgenommenen Stellen über den curator verschuldeter Güter beweisen, daß Justinian die Einrichtung noch als geltendes Recht anerkannte.

[15]) Fr. 2. §. 1. D. 42. 7. — „Quaeque per eum eosve,

Stimmenmehrheit.[16]) — Wählbar war eben sowohl ein extraneus, als einer aus der Mitte der Gläubiger.[17]) Auch konnten mehrere Curatoren bestellt werden.[18])

V. Die Erlaubniß, die bona possessa verkaufen zu dürfen, mußte von den Gläubigern wieder besonders nachgesucht, und durch ein eigenes richterliches Decret ertheilt werden.[19]) — Wie lange die Creditoren zuwarten mußten, um dieses Gesuch mit Erfolg stellen zu können, ist zwar nicht ganz klar.[20]) Da jedoch nach

---

qui ita creatus, creative essent, acta facta, gestave sunt, rata habebuntur, eisque actiones, et in eos utiles competant.

[16]) S. die Note 14.

[17]) Fr. 2. §. 4. D. 42. 7.

[18]) Fr. 2. pr. §. 1. 2. 5. D. eod. tit.

[19]) c. 10. §. 1. C. 7. 72. „Sin autem hi, qui detinent possessiones, vel ex sententia judicis res vendiderunt." — c. 9. C. eod. „Tempore autem transacto etiam venditionem bonorum a competente judice postulare non prohiberis."

[20]) Daß irgend eine Zeitbestimmung in dieser Hinsicht vorkam, ist nicht zu bezweifeln. Denn in der so eben citirten c. 9. C. heißt es: „Tempore autem transacto" etc. und Justinian sagt in der c. 10. §. 1. C. 7. 72 ebenfalls: Si autem hi, qui detinent possessiones, - - - - - res - - - - post definitum a nobis tempus transtulerint, et certas pecunias acceperint" etc. Wie lange aber dieser Zeitraum dauerte, darüber hat schon die Glosse mancherlei Vermuthungen aufgestellt, z. B. ob nicht die im c. 3. §. 2. C. 8. 34. festgesetzte Frist auch hier gemeint sey, — eine Vermuthung, welche auch Bethmann-Hollweg Hdb. S. 342. not. 15 wenigstens nicht verwerflich zu finden scheint, welche aber freilich jedenfalls nur auf das „definitum a nobis tempus", der c. 10. C. 7. 72, nicht auch auf das „tempus transactum" der c. 9. C. ib.

der Verordnung Justinians die entfernten Gläubiger vier Jahre lang post missionem berechtigt blieben, sich an die bereits mittirten Gläubiger anzuschließen; und da sich unter den Entfernten selbst solche befinden konnten, die sogar ein stärkeres privileg. exigendi hatten, als irgend Einer der bereits Eingewiesenen; — so scheint es, daß wenigstens die Vertheilung[21]) des Erlöses nicht vor vier Jahren stattfinden konnte, weil sonst die ihnen gesetzlich zugesicherte Befugniß, binnen vier Jahren an den Vortheilen der missio Theil nehmen zu dürfen, beliebig hätte eludirt werden können.[22])

VI. Um allen Betrügereien vorzubeugen, fand es Justinian nöthig, in Bezug auf das Verkaufsgeschäft

---

(von Diocletian und Maximinian) passen könnte, man müßte denn die Worte: „Tempore autem transacto“ in der c. 9. für interpolirt halten. — Sollte nicht Justinian mit dem „definitum a nobis tempus“, das in dem unmittelbar vorhergehenden Satz: „memoratum tempus“, also die zwei, vielmehr vier Jahre gemeint haben, binnen welcher sich auch noch andere, bisher noch nicht mittirte Gläubiger an die communio anschließen durften? — Freilich wäre die Bestimmung, vier Jahre hindurch, auch die vortheilhafteste Verkaufsgelegenheit unbenützt vorüber gehen lassen zu müssen, auch eben nicht zweckmäßig zu nennen.

[21]) In der c. 10. cit. heißt es auch: Si - - - - post definitum a nobis tempus res - - - - - transtulerint et certas pecunias acceperint; quidquid superfluum inventum fuerit etc.

[22]) Oder konnte etwa ein später, aber doch noch intra biennium vel quadriennium sich meldender Gläubiger auch nach der Vertheilung der Masse noch die einzelnen Creditoren angreifen, durch deren vorläufige Befriedigung er sich verkürzt glaubte? — Allein dieß ist durchaus nicht wahrscheinlich.

sowohl, als auch in Ansehung der etwa nach der Befriedigung der eingewiesenen Gläubiger noch übrig bleibenden Baarschaft Folgendes zu verordnen:[23])

1) Wenn ein Verkauf der schuldnerischen Güter, oder eine Abtretung der den Gläubigern darauf zustehenden Rechte[24]) gegen Entschädigung in Geld zu Stande gekommen wäre, so sollte von den tabulariis in Beiseyn Desjenigen, der das Verkaufs- oder Abtretungsgeschäft leitete (also wohl des curator bonorum), eine Urkunde (attestatio) insbesondere darüber errichtet werden, wie viel durch das Geschäft erlöst worden sei.[25])

2) Diese attestatio soll sodann bei der Obrigkeit (apud defensorem) actis intervenientibus insinuirt werden, und zwar ohne Unterschied, die Summe des Erlöses möge nun dem Betrage der Forderungen gleichkom-

---

[23]) Zur Erleichterung der Uebersicht sind die einzelnen Bestimmungen der Verordnung im §. nach ihrem natürlichen Zusammenhange vorgetragen.

[24]) c. 10. §. 1. C. cit. „Sin autem hi, qui detinent possessiones, vel ex sententia judicis res vendiderunt, vel alio quocunque legitimo modo, omne jus, quod in iisdem rebus habere noscuntur, in alias personas ---- transtulerint“ etc. — Die Glosse versteht unter translatio, — der venditio gegenüber eine locatio. Diese Auslegung scheint mir aber nicht richtig.

[25]) c. 10. §. 1. C. cit. „Attestatione videlicet prius per memoratos tabularios conscribenda, praesente etiam eo, qui res eas vendiderit, vel in alias personas transtulerit, ut per eam manifestetur tam quantitas pecuniarum, quae pro venditione rerum vel translatione praestitae sunt, quam earum, quae superfluae post dissolutum debitum inveniantur“ etc.

men, oder denselben übersteigen, oder hinter demselben zurückbleiben.[26])

3) Bei dieser Gelegenheit soll zugleich der Curator in Gegenwart der tabularii und des cimeliarcha, d. h. des Aufsehers über den Schatz der Ortskirche, eidlich bekräftigen, daß er bei dem Verkaufe redlich zu Werke gegangen sey, und so gut veräußert habe, als es ihm möglich gewesen.[27])

4) Nach der Vertheilung des Geldes an die mittirten Gläubiger, welche ohne Zweifel auch unter obrigkeitlicher Leitung geschah, und förmlich protokollirt wurde,[28])

---

[26]) c. 10. §. 1. C. cit. „Ut autem non liceat creditoribus in venditione vel translatione rerum dolum, vel aliquam machinationem, vel circumscriptionem facere, jubemus, attestationem super hoc celebrandam apud defensorem gestis intervenientibus insinuari, sive tantum ex pretio quantum debetur, sive plus, sive minus colligitur "

[27]) c. 10. §. 1. C. cit. „Praesentibus non tantum, sicut dictum est, tabulariis sed etiam viro reverendissimo cimeliarcha, apud quem, si ita contigerit, superfluae pecuniae signatae deponendae sunt, jusjurandum sacrosanctis Evangeliis propositis venditore vel translatore praestante, quod neque per gratiam emtoris, vel ejus ad quem res jure cessionis transferuntur, nec aliquo dolo interveniente, minorem justo pretio rerum quantitatem acceperit, sed eam, quam revera cum omni studio potuerit invenire."

[28]) In der c. 10. cit. steht freilich ausdrücklich nichts davon, daß die Geldvertheilung auch unter obrigkeitlicher Leitung geschah. Indessen läßt sich dieses mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt der Verordnung doch nicht wohl anders denken. — Auch scheint Folgendes dafür zu sprechen: Im §. 1 ist bestimmt, die tabularii sollten attestari tam

mußte der etwa verbleibende Rest ebenfalls von den tabulariis urkundlich attestirt, in Gegenwart derselben versiegelt und für die vielleicht später noch erscheinenden Gläubiger in der Schatzkammer der Kirche des Ortes deponirt werden.[29])

5) Meldete sich nachher wirklich noch ein Gläubiger, so mußte er seine Forderung bei dem rector provinciae liquidiren, erhielt dann von diesem, wenn sich der Anspruch als richtig bezeigte, ein Decret (interlocutio), welches ihn ermächtigte, den treffenden Betrag bei dem cimeliarcha zu erheben.[30])

---

quantitatem pecuniarum, quae pro venditione rerum etc. praestitae sunt, quam earum, quae superfluae post dissolutum debitum inveniantur." — Nun ist es aber doch gar nicht wahrscheinlich, daß der curator das erlöste Geld einnahm, und außergerichtlich vertheilte, und dann erst vor den tabulariis erschien, um anzugeben, wie viel er erlöst habe, und ob etwas und wie viel nach der Vertheilung noch übrig geblieben sei. Auch war bei unzureichendem Erlöse, und wenn sich unter den chirographariis auch solche befanden, welche vor den übrigen ein privilegium exigendi prätendirten, während diese das Privilegium nicht anerkennen wollten, eine Vertheilung ohne Dazwischenkunft der Obrigkeit nicht möglich. — Endlich kann auch noch für die obrigkeitliche Vertheilung angeführt werden, was Justinian selbst in der c. 8. C. 7. 71. verordnet: „In rebus autem officio judicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula." Bethmann-Hollweg. Hdb. S. 343. not. 20.

[29]) c. 10. §. 1. C. cit. „Quidquid superfluum inventum fuerit et amplius, quam eis debetur, hoc modis omnibus necesse est, eos praesentibus tabulariis signare et in cimelarchio sanctae ecclessiae illius civitatis, in qua hujusmodi contractus celebrantur, deponere."

[30]) c. 10. §. 1 C cit. „Ut si quis postea creditor ap.

§. 15.

Fortsetzung.

Ob durch die distractio bonorum in Folge einer vorausgehenden missio der Schuldner auch noch infam wurde, ist zweifelhaft. Erwägt man, daß die alte bonorum venditio gänzlich verschwunden,[1]) und an deren Stelle der Verkauf der Güter im Einzelnen durch einen curator getreten war; so wie, daß der Verkauf per procuratorem von dem Senate für ein Mittel gehalten wurde „ut honestius (also doch wohl ohne infamia) creditoribus solueretur“:[2]) — so sollte man glauben, daß jene Frage verneint werden müsse.[3]) Gleichwohl finden sich in der Justinianischen Sammlung noch Stellen, und zwar eine von Justinian selbst,[4])

---

paruerit et debiti cautionem ostenderit, possit ex his satis sibi facere; prius scilicet rectore provinciae sine aliquo damno causae faciente examinationem et non concedente, nec viros reverendissimos oeconomos vel cimeliarchas s. ecclesiae, in qua pecuniae deponuntur, aliquod detrimentum vel dispendium sustinere; per suam autem interlocutionem creditorem praecipiente secundum modum debiti ex depositis pecuniis suum accipere debitum.“

[1]) Theophil. ad pr. J. 3 12.

[2]) Fr. 5. 27. 10.

[3]) Zimmern verneint sie wirklich R. G. III. §. 86. a. A.

[4]) c. 8. C. 7. 71. „vel bonorum accipere cessionem, salua eorum videlicet existimatione.“ — Noch bestimmter ist das Argument aus der c. 11. C. 2. 12. (von Alexand.) „Debitores qui bonis cesserint, licet ex ca causa bona eorum venierint, infames non fiunt.“

welche uns zu dem Schlusse berechtigen, daß der Schuldner nur durch cessio bonorum der infamia entgehen konnte.[5])

§. 16.

Fortsetzung.

Daß die missio zur Zeit Justinians nur für die Chirographargläubiger, nicht auch für die Pfandgläubiger nothwendig war, ist außer Zweifel.[1]) Freilich werden jedoch die letzteren, wenn sie von der missio Kenntniß erhielten, nicht unterlassen haben, noch vor dem wirklichen Verkaufe der ihnen verpfändeten Güter ihr dingliches Recht gegen den curator bonorum geltend zu machen.[2]) Ja, es ist sogar nicht unwahrscheinlich, daß der Curator durch ein öffentliches Programm die Veräußerung der Güter ankündigte, um dadurch die Hypothekargläubiger zu nöthigen, ihre Ansprüche zu verfol-

---

[5]) Bethmann-Hollweg Hdb. I. S. 345. Note 26.

[1]) c. 6. C. 7. 72. — c. 10. pr. C. eodem. „Super pecuniis debitis pro quibus hypothecae non constitutae." — Für Hypothekargläubiger war also die missio und possessio überhaupt nicht nothwendig. Denn sonst hätte die von Justinian hier angeregte Frage in Beziehung auf sie eben sowohl entstehen müssen, als in Bezug auf Chirographargläubiger. Vergl. noch oben §. 10.

[2]) Denn, wenn die Sache einmal so weit gekommen war, so wünschte doch wohl jeder Gläubiger, auch wenn er eine Hypothek hatte, so bald wie möglich befriedigt zu werden. — Die processualische Form, in welcher die Pfandgläubiger ihre Ansprüche geltend machten (Fr. 15. §. 5. D. 42. I. S. meine Vorträge über den ordentlichen Proceß S. 538), war nach der jetzt üblichen Terminologie die einer Principalintervention. — Bethmann-Hollweg Hdb. I. S. 344.

gen, indem sie (die praesentes wenigstens) ihr Pfandrecht verloren, wenn sie sich nicht vor dem wirklichen Verkaufe noch meldeten.[3]) Daß übrigens, bei der Mannichfaltigkeit der Pfandprivilegien im neuesten Rechte, durch die Concurrenz mehrerer Hypothekargläubiger, welche alle noch frühzeitig genug intervenirten, Prioritäts-Streitigkeiten unter ihnen selbst veranlaßt, und dadurch die Aussichten der Chirographargläubiger, wenn nicht ganz gesperrt, doch wenigstes beschränkt, oder weiter hinausgeschoben werden mußten, ist unbestreitbar, wenn es gleich nirgendwo in den neuern Constitutionen ausdrücklich gesagt wird.[4])

§. 17.

Cessio bonorum.

Seitdem durch die cessio bonorum ein Mittel gegeben war, der infamia[1]) und der körperlichen Haft[2]) zu entgehen, machte gewiß jeder Schuldner davon Gebrauch, der voraussah, daß er sich gegen seine Gläubi-

[3]) c. 6. C. 8. 26.

[4]) Von selbst versteht sich übrigens, daß — nachdem selbst die Pfandgläubiger sich nicht auf den Concurs einzulassen brauchten, — Solche, die Eigenthums-Ansprüche auf einzelne unter den bonis possessis befindliche Sachen hatten, — noch weniger dazu genöthigt seyn konnten. Sie vindicirten aus der Masse, was ihnen angehörte.

[1]) S. oben §. 15.

[2]) Daß auch zu Justinians Zeit noch das Schuldgefängniß vorkommen konnte, wird jetzt nicht mehr bezweifelt. — Bethmann-Hollweg Hdb. S. 345. not. 27. — Ueber das altröm. Schuldrecht von v. Savigny, Berlin 1834. S. 32. Privatkerker waren aber doch wohl nicht mehr erlaubt. — c. 23. C. 1. 4.

ger nicht mehr halten könne, und der sich doch durch Flucht oder Verheimlichung denselben nicht entziehen konnte oder wollte.[3]) Da jedoch nach einer Verordnung im Theodosischen Codex die wohlthätigen Folgen[4]) der cessio nicht jedem Schuldner zu Theil werden sollten, sondern nur solchen, welche durch Unglücksfälle herabgekommen waren;[5]) der Beweis solcher Unglücksfälle aber gewiß nur äußerst selten geführt werden konnte: so scheint späterhin die cessio in den meisten Fällen nichts vor der missio vorausgehabt zu haben. Wenigstens wird sie in einigen Stellen des neuesten Rechts auf eine Art erwähnt, woraus man schließen kann, daß man eben keine

---

[3]) Denn gegen flüchtig gewordene Schuldner, oder gegen solche, die sich verborgen hielten, war kein anderes Verfahren möglich, als das durch missio, possessio und distractio. — c. 10. C. 7. 72. Auch bei erblosen Gütern mußte dieses Verfahren eingeleitet werden.

[4]) Es ist eine unrichtige Vorstellung, daß die Handlung selbst, das bonis cedere nur unschuldig verunglückten Schuldnern gestattet war. Cediren konnte Jeder; nur die Vortheile der cessio kamen nicht Jedem zu statten. S. die folgende Note.

[5]) c. 1. Th. Cod. 4. 20. „Ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque in argento diversisque mobilibus retentator ac debitor, bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur; nisi forte propriorum dilapidationem bonorum, aut latrociniis abrogata(m), aut fortasse naufragiis incendioque conflata(m), vel quolibet majoris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflicta(m).“ (Gratian. Valent. et Theod.)

Wohlthat mehr darin erblickte.[6]) Vielleicht hängt mit diesem Zustande der Dinge auch die (nicht glossirte) Nov. 135 zusammen, in deren dispositivem[7]) Theile Justinian verordnete: 1) es soll keiner Obrigkeit erlaubt seyn Jemanden, der, unverschuldet verarmt, wegen öffentlicher oder Privatschulden belangt worden wäre, zur cessio bonorum zu zwingen, oder körperliche Mißhandlung, gegen ihn anzuwenden. 2) Der Schuldner soll hingegen

---

[6]) c. 8. C. 7. 71. (von Justinian). — Nov. 4. c. 3. — „Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor, nec ullus emtor sit, nihil aliud facturus erat, quam propriis bonis cedere.... Quamobrem quod cum injuria et effectu acerbo perduceret creditorem et debitorem etc.“ Accursius bemerkt zu den Worten „effectu acerbo“ sogar: i. e. cum. cessione bonorum teribili. — Daß zur Zeit der Glossatoren und später noch die cessio bonorum höchst beschimpfend war, ist jedenfalls außer Zweifel. So bemerkt z. B. Baldus zu c. 11. C. 2. 12. „licet, qui cedunt bonis, certis locis ad columnan ligentur.“ Im großen Saale zu Padua wird noch ein alter Stein gezeigt, mit der Umschrift: Lapis vituperii et cessionis bonorum.

[7]) Die praefatio, welche die Veranlassung dieses Gesetzes enthält, ist äußerst dunkel. Nur so viel ersieht man daraus, daß sich ein Mysier, Namens Zosarius, der wegen öffentlicher und Privatschulden belangt war, bei dem Kaiser über Bedrückungen beschwerte, die er deßhalb von dem Präses habe erdulden müssen. — Insbesondere führte er darüber Klage, daß nicht gestattet worden sey, „libellos persecutionis rerum suarum“ (περσεκουτιωνος λιβελλους — auch im griechischen Texte) zu übergeben. Ueber den Sinn dieser Worte, so wie der ganzen Novelle sind die Meinungen sehr verschieden. S. Dabelow a. a. O. S. 135 flg. — Zimmern R. G. III. S. 274. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 345. flg.

eidlich bekräftigen, daß ihm weder Geld, noch andere Güter übrig geblieben seyen, womit er seine Gläubiger befriedigen könnte. 3) Wenn aber dem Schuldner ein Recht auf eine Erbschaft oder auf eine Schenkung zustehe, in deren Besitz er noch nicht gekommen wäre, so sollten die Gläubiger sofort und unmittelbar gegen den Dritten klagen dürfen.

§. 18.

Vergleichung des röm. Concursverfahrens mit dem jetzigen.

Vergleicht man das Röm. Concursverfahren, wie sich dasselbe unter Justinian gestaltet hatte, mit unserem heutzutage üblichen, so zeigen sich folgende wesentliche Verschiedenheiten:

I. Bei uns wird der Concurs-Proceß ohne Ueberschuldung nicht eingeleitet. Nach Röm. Rechte hingegen und insbesondere nach der c. 10 C. 7. 72. muß allerdings angenommen werden, daß eine missio und possessio bon. auch dann stattfinden konnte, wenn das Vermögen den Betrag der Schulden überstieg, weil außerdem nicht von einer Deposition des Ueberschusses der erlösten Kaufgelder, — nach bereits erfolgter Befriedigung der mittirten Gläubiger — hätte die Rede seyn können.[1])

II. Das Röm. Recht überläßt es den Gläubigern selbst, sich um die Lage ihres Schuldners zu bekümmern. Wer sich innerhalb der gesetzlichen Frist post missionem noch meldete, seine Forderung bewies und den bereits mittirten Gläubigern verhältnißmäßigen Kostenersatz lei-

---

[1]) Schweppe System des Concurses. §. 3. a. nro. 1.

stete, nahm zwar an der possessio Theil, und konnte auf Befriedigung aus dem Kaufgelde in gleicher Art wie die Uebrigen Anspruch machen.[2]) Daß aber zu Gunsten einzelner Gläubiger die missio in bona debitoris wirklich erkannt sey, wurde nicht öffentlich bekannt gemacht.

Heutzutage wird aber Jedermann von dem Zustande des in Concurs gerathenen Schuldners in Kenntniß gesetzt, und bei Vermeidung der Ausschließung von dieser Masse aufgefordert, seine etwaigen Ansprüche in einem bestimmten Termine anzumelden und zu liquidiren, m. a. W. in dem jetzigen Concursverfahren kommt eine allgemeine Edictalcitation vor; im Römischen nicht.[3])

---

[2]) S. oben §. 15.

[3]) Eben daher war auch im Röm. Concursverfahren eine gleichzeitig beginnende und fortlaufende Liquidation der einzelnen Forderungen nicht möglich, sondern die Klagen der Creditoren konnten auch einzeln nacheinander, selbst nachdem bereits über die vorhergehenden entschieden war, angebracht werden. — Offenbar liegt in der peremtorischen Edictalcitation die einflußreichste Eigenthümlichkeit und zugleich der wichtigste Vorzug unseres jetzigen Concursprocesses im Vergleiche mit dem Römischen. — Denn auch nach der c. 10. C. 7. 72. blieb es immer noch möglich, daß ein Gläubiger, und zwar vielleicht gerade ein solcher, der die stärksten Ansprüche hatte, ohne eigenes Verschulden nicht mehr zu seiner Befriedigung gelangen konnte, weil er von der missio gar keine Nachricht erhalten hatte, während andere minder bevorzugte, denen zufälliger Weise die missio bekannt geworden war, oder welche außerdem — vielleicht auch nur zufällig — noch vor dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen geklagt und ein günstiges Urtheil erwirkt hatten, an dem Erlöse aus den Gütern des Schuldners Theil nahmen. — Sehr treffend nennt

III. Nach Röm. Rechte brauchten sich die Pfandgläubiger nicht auf den Concurs einzulassen, sondern sie konnten durch Intervention entweder ihre Befriedigung oder die Herausgabe der ihnen verpfändeten Objecte noch während der possessio bonorum von den mittirten Gläubigern oder von dem curator bonorum fordern. Jetzt müssen sich auch die Pfandgläubiger an die übrigen Creditoren anschließen; sind, gleich diesen, zur Beobachtung aller Termine und Formen des Verfahrens verbunden, und erhalten ihre Befriedigung erst dann, wenn es überhaupt zur Distribution der Masse kommt. [4])

IV. Prioritäts-Streitigkeiten mußten unfehlbar auch schon im Röm. Concurse zuweilen vorkommen. [5]) Allein ein geregeltes Prioritäts-Verfahren, in welchem sämmtliche Creditoren gleichzeitig ihre Vorzugs-Rechte geltend zu machen haben, ist dem Röm. Rechte eben so fremd, wie eine förmliche Locationssentenz.

V. Heutzutage wird das ganze Vermögen des Schuldners, auch wenn es in verschiedenen Gerichts-Bezirken gelegen ist, [6]) in eine Masse gezogen, und es

---

W. H. Puchta (Concurspr. S. 60.) dieses System ein Occupations-System.

[4]) Man kann gewissermaßen sagen, daß sich die Hypothekrechte im heutigen Concursprocesse in bloße Vorzugsrechte verwandeln.

[5]) Z. B. wenn ein Chirographargläubiger ein privilegium exigendi prätendirte, welches die übrigen Creditoren nicht anerkennen wollten.

[6]) In verschiedenen Gerichten desselben Staates nämlich. Denn die in einem fremden Staats-Gebiete gelegenen Güter des Schuldners können freilich zuweilen auch nicht zur inländischen Concursmasse gezogen werden.

kann daher in Ansehung desselben Schuldners zu derselben Zeit nur ein Universalconcursgericht[7]) vorkommen. Nach Röm. Rechte hingegen scheint in dem Falle, wenn das Vermögen des Schuldners unter verschiedenen Gerichten belegen war, jedes einzelne Gericht nur über das in seinem Bezirke befindliche Vermögen den Concurs eröffnet zu haben.[8])

VI. Der Güterverkauf wird jetzt unmittelbar von dem Concursgerichte selbst, und zwar auf dem Wege öffentlicher Feilbietung an den Meistgebenden eingeleitet. Nach Röm. Rechte war dieses der Fall nicht, sondern der Verkauf geschah durch den curator bonorum.[9])

§. 19.

Ursprung der Abweichungen des jetzigen Concurs-Verfahrens von dem Römischen.*)

Zu welcher Zeit diese Abweichungen entstanden sind, läßt sich nicht genau bestimmen. So viel ist jedoch gewiß, daß der jetzige Concurs-Proceß in seinen wesentlichen

---

[7]) Von dem s. g. Particularconcurse, welcher in dieser Hinsicht eine Ausnahme macht, weiter unten.

[8]) Fr. 12. §. 1. D. 42. 5. — Fr. 2. pr. D. 42. 7. — Schweppe §. 2. S. 4. nro. 2.

[9]) Denn sonst hätte der in c. 10. C. 7. 72. a. E. vorgeschriebene, von dem curator bonorum zu leistende Eid keinen Sinn. — Die Vertheilung des erlösten Kaufgeldes geschah jedoch wahrscheinlich auch nach Justin. Rechte vor der Obrigkeit. S. oben § 15.

*) Dr. A. Schweppe das System des Conc. §. 5. (3. Aufl.) — Heffter Institut. S. 573. Mittermaier der gem. t. b. Proc. III. Beitr. S. 214. flg. (2. Aufl.). Dr. W. H. Puchta. Ueber den Concurspr. §. 13 bis §. 20.

Zügen[1]) schon zu Ende des 16ten und am Anfang des 17ten Jahrhunderts im mehreren teutschen Ländern bekannt und in Uebung war.[2]) In Spanien scheint sich derselbe schon früher ausgebildet zu haben. Denn Salgado de Somoza, welcher im Jahre 1664 starb,[3]) beruft sich in seinem bekannten Werke,[4]) worin bereits das

---

[1]) Dahin gehört ganz vorzüglich die Edictalcitation der Gläubiger mit präclusiver Wirkung; die Ausdehnung des Concursverfahrens auch auf Pfandgläubiger und ein umfassendes Locations- oder Classifications-Urtheil. — Daß übrigens in dem heutigen Concurs-Processe auch sonst noch manche einzelne Eigenthümlichkeit vorkommt, welche im 17ten Jahrhunderte unbekannt war, oder auf welche man wenigstens dazumal nicht so viel Werth legte, wie jetzt, ist allerdings richtig (vergl. Dr. W. H. Puchta Ueber den Concurs-Proceß S. 36 flg.); allein, seitdem man alle Gläubiger, bekannte und unbekannte, unter Androhung des Ausschlusses auf einmal vorzuladen und das gesammte Vermögen des Schuldners nach Maßgabe des vorher ergangenen Prioritäts-Urtheils unter die Creditoren zu vertheilen angefangen hatte, war doch wohl das moderne Concursverfahren in der Hauptsache schon vorhanden.

[2]) Nürnberger-Reformation von 1564. Thl. I. Tit. 12. — Frankfurter Reformation von 1578. Thl. I. Tit. 48. Hamburgisches Stadtrecht von 1603. Thl. I. Tit. 43. Würtembergisches Landrecht von 1610. Thl. I. Tit. 76. — Bayerisches Landrecht von 1616. Gantproceß Tit. III. Art. 3. Sehr gründliche Nachweisungen — von mehr als bloß particularrechtlichem Interesse — über die geschichtliche Entwickelung des Concurswesens finden sich in Fr. Wyss Geschichte des Concurspr. der Stadt u. Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- u. Landrechtes von 1715. Zürich 1845. — Die Anregung dazu hat Bluntschli's Zürcherische Rechtsgeschichte gegeben.

[3]) Nach Jöcher.

[4]) D. Franc. Salgado de Somoza etc. labyrinthus credi-

heutige Concursverfahren mit allen wesentlichen [5]) Eigenthümlichkeiten dargestellt ist, schon auf eine allgemein bestehende Praxis.[6]) Bei den älteren italienischen Praktikern sucht man jedoch vergebens ein bestimmtes Zeugniß über das Bestehen eines solchen Verfahrens. Salgado de Somoza citirt zwar häufig italienische Schriftsteller; [7]) allein höchstens findet man in den citirten Stellen Belege für Einzelheiten, [8]) nirgendwo eine Bestätigung der Existenz

torum concurrentium etc. — Die Ausgabe, welche mir zu Gebote stand, und auf welche sich daher auch die nachfolgenden Citate beziehen, ist die vom Jahre 1665 (Lugduni sumtt. Laurent. Anisson fol.). — Die früheren Ausgaben, welche in Antwerpen, Venedig und Frankfurt erschienen waren, konnte ich nicht erhalten. — Schweppe a. a. O. § 8. setzt dieses Werk in die erste Hälfte des 16ten Jahrhunderts. Wenn aber das von Jöcher angegebene Todesjahr des Verfassers richtig ist, so muß Schweppe's Angabe unrichtig seyn.

[5]) Die Edictalcitation hinsichtlich der unbekannten Gläubiger (denn die bekannten mußten damals speciell und namentlich geladen werden, p. I. c. 1. nro. 40, obgleich früherhin auch in Bezug auf die bekannten ein allgemeines Proclama von Einigen für hinreichend gehalten wurde ibid. nro. 31.) ist als ein wesentliches Stück des Concursprocesses angeführt in p. I. c. 1. nro. 27. und nro. 40; — dann p. I. c. VIII. nro. 1. u 2. — Das Locations-Urtheil (sententia graduationis) in p. I. c. 16 nro. 64 flg. — die Verpflichtung der Pfandgläubiger, sich ebenfalls bei Vermeidung des Ausschlusses und des Verlustes ihres Pfandrechts auf den Concurs einzulassen in p. I. cap. VIII. nro. 5. sq. u. s. w.

[6]) Z B. hinsichtlich der Edictalcitation in p. I. c. 1. nro. 4.

[7]) Z. B. Bartolus, Robertus Maranta, Statilius Pacificus u. s. w.

[8]) Ja selbst in Bezug auf Einzelnes steht es mit den Citaten

des von ihm beschriebenen Verfahrens im Ganzen. — Salgado bezeichnet vielmehr Spanien selbst als das Land in welchem das von ihm dargestellte Verfahren zuerst erfunden und eingeführt worden sey.[9]) Die Veranlassung zu den wichtigsten Modifikationen des Römischen Concursprocesses, insbesondere zur Einführung der Edictalcitation, lag wohl ohne Zweifel in dem praktischen Bedürfnisse, welchem die Vorschriften des Röm. Rechts nicht Genüge leisteten.[10]) Spuren des teutschen Rechtes finden sich gewöhnlich nur noch in den Formen,

---

nicht selten schief. — So citirt er z. B. für den Satz, daß im Concurse alle Creditoren vorgeladen werden müssen, unter andern auch Statil. Pacific. Tract. de Salv. interd. inspect. III. cap. 2 nro. 134 u. 135. In dieser Stelle wird aber nur bemerkt, daß zur Veräußerung der bona minoris die Gewißheit der Existenz der Schuld, und des Andranges der Gläubiger erfordert werde. — Ebenso wird für den Satz, daß der vorgeladene, aber nicht erschienene Pfandgläubiger sein Pfandrecht verliere, Robert. Maranta (de ord. jud. p. VI. D citat. nro. 89.) als Gewährsmann angeführt. — Maranta sagt aber in dieser Stelle nur, daß die bekannten Gläubiger nicht per edictum citirt werden dürfen, sondern nur die unbekannten.

[9]) Labyr. cred. p. I. c. I. §. II. nro. 35: „concursus istud judicium noviter fuit inventum in hisce Hispaniae regnis et introductum etc. Ebenso nro. 37. und 38. — Vgl. Carl Fr. Oetker Beiträge zur Lehre vom Concurse. Kassel 1847. S. 14. flg

[10]) Daß übrigens die Schriftsteller der damaligen Zeit das Unzureichende der römischen Bestimmungen nicht ausdrücklich anerkannten, sondern vielmehr zur Unterstützung ihrer eigenen Ansichten Texte aus dem C. J. allegirten, braucht kaum bemerkt zu werden. Die besten Dienste leistete in Hinsicht auf den Concursproceß c. 6. C. 8. 26. (De remiss. pign.) und c. 10. C. 7. 72. (De reb. auct. jud. possid.)

welche bei dem Verkaufe (Vergantung) unbeweglicher Güter beobachtet werden mußten.[11])

§. 20.

Eintheilung und Arten des Concurses nach den jetzigen Begriffen.

A. Imminenter, materieller und formeller Concurs.

Beinahe in allen Hand- und Lehrbüchern,[1]) bis auf v. **Gönner** herab, wird diese Eintheilung als eine besonders einflußreiche bezeichnet. — Dessenungeachtet ist durchaus keine Uebereinstimmung in den Begriffen zu finden, die damit verbunden werden.[2]) Nur so viel läßt sich aus den verschiedenartigen Erklärungen abstrahiren, daß im Ganzen genommen ungefähr folgende Vorstellung dabei zu Grunde lag: In der allmählichen Entwicklung eines Schuldenwesens, von dem Moment der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit angefangen, bis zur Distribution der Concursmasse können mehrere aufeinander-

---

— **Schweppe** §. 5. — **Mittermaier** a. a. O. S. 215. a. E. u. 216.

[11]) Vergl. **Eichhorn** Rechtsgesch. Thl. IV. §. 576.

[1]) Selbst Bücher bloß über diesen Gegenstand sind geschrieben worden. **Gmelin** von materiellen Concurse der Gläubiger. Erl. 1775. — v. **Almendingen**, über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger. Giessen 1797. —

[2]) Vergl. darüber **Dabelow** a. a. O. S. 765 flg — **Danz** Grundsätze der summar. Processe. (3te Ausg.) §. 144 flg. — Anfänglich unterschied man nur materiellen und formellen Concurs. Späterhin wurde auch noch der imminente hinzugefügt; aber auch über Anfang und Ende des imminenten Concurses entstanden alsbald abweichende Ansichten. S. Danz a. a. O. §. 144. not. a.

folgende Zustände unterschieden werden, nämlich: I. Der Schuldner ist bereits de facto insolvent, allein seine Gläubiger dringen noch nicht an, und das Gericht nimmt daher noch keine Notiz von diesem Zustande. II. Es haben sich bereits mehrere Gläubiger mit ihren Ansprüchen vor Gericht gemeldet; auch sind deßhalb schon gerichtliche Verhandlungen eingeleitet, allein diese Verhandlungen haben noch nicht die Merkmale eines eigentlichen Concursprocesses. Endlich III. Die Schuldenverhandlung nimmt die eigenthümliche Form des Concursprocesses selbst an. — Den ersten Zustand nennen nun Einige den immineuten, den zweiten den materiellen, den dritten endlich den formellen Concurs. — An jeden dieser Abschnitte werden sodann bald mehr, bald weniger erhebliche Wirkungen geknüpft, durch welche die Eintheilung selbst erst eine praktische Bedeutung erhalten soll. [3])

---

[3]) So legt z. B. Danz dem imminenten Concurse, — welchen er übrigens von dem Momente der eintretenden Zahlungsunfähigkeit bis zur Abtretung des Vermögens an die Gläubiger oder bis zur Einweisung der Letzteren in die Güter des Schuldners fortdauern läßt (s. §. 144), folgende Wirkungen bei: a) die actio Pauliana, falls der Schuldner in diesem Zustande in fraudem creditorum etwas veräußert (§. 145 flg.); b) sobald sich mehrere Gläubiger bei Gericht gemeldet haben, eine gewisse Connexität unter ihnen, in Folge deren kein einzelner Creditor vor dem andern mehr begünstigt werden dürfe; Hemmung der Execution bereits in Rechtskraft übergegangener Urtheile; Sistirung etwa schon abhängiger Executivprocesse; Aufhören des einfachen Retentionsrechtes (§. 149). Mit dem Eintritte des materiellen Concurses, welcher nach seiner Ansicht mit der cessio oder missio beginnt und bis zur Erlassung der Edictalladung fortdauert, soll der Schuldner aufhören, Eigenthümer seines Vermögens

Prüft man nun diese Darstellung etwas genauer, so ist zwar nicht zu läugnen, daß sich jene drei Abschnitte wohl unterscheiden lassen, und daß sie gewöhnlich auch in der angegebenen Ordnung aufeinander folgen. Allein offenbar unrichtig war es, diese drei Zustände als Arten des Concurses zu bezeichnen, da der bloße Zustand der Insolvenz, so lange noch kein Gläubiger andringt, überhaupt nicht ein „concursus creditorum" und folglich auch nicht eine Art desselben genannt werden kann. Ungleich folgenreicher als dieser Verstoß gegen die Logik, waren aber die Irrthümer, welche bei Gelegenheit dieser Eintheilung über den Eintritt der rechtlichen Wirkungen[4])

---

zu seyn; und alle von ihm vorgenommenen Veräußerungen oder Verfügungen sollen ipso jure, folglich ohne daß es der actio Pauliana bedürfte, ungültig und kraftlos seyn (§. 150). Als Wirkung des förmlichen Concurses endlich wird angeführt: a) daß alle besondern Concurse an das Concursgericht fallen, welches auch alle einzelnen, bei andern Gerichten anhängigen Processe gegen den Gemeinschuldner nunmehr in der Lage, in welcher sie sich befinden, an sich ziehen soll; b) Gemeinschaft des Vermögens unter den bekannten und unbekannten Gläubigern; c) Sistirung des Zinsenlaufes, und d) Unstatthaftigkeit des jus offerendi (§. 151).

[4]) In doppelter Hinsicht ist es z. B. falsch, die actio Pauliana als eine Wirkung der eingetretenen factischen Zahlungsunfähigkeit darzustellen. Denn einmal kann es recht wohl vorkommen, daß eine Veräußerung vermittelst der actio Pauliana rescindirt wird, obgleich der Schuldner in dem Momente, da er die Veräußerung vornahm, noch gar nicht insolvent war, sondern es erst durch die Veräußerung wurde (z. B. in dem Falle des Fr. 17. §. 1. D. 42. 8., wo es nur heißt: „cum haberet creditores," also zwar Schulden vorausgesetzt werden, aber keine schon vorhandene Ueberschuldung); — und dann ist es umgekehrt

der Ueberschuldung verbreitet wurden, um so mehr, als man sich nicht einmal darüber vereinigen konnte, durch welchen Act d. s. materielle Concurs in den formellen verwandelt werde,[5]) so daß man zuletzt in der That gar

---

auch möglich, daß man eine alienatio mit der actio Pauliana nicht umstoßen kann, obwohl zur Zeit der Vornahme der Veräußerung der Insolvenz schon eingetreten war. Denn wenn der Schuldner bei der Veräußerung den animus fraudandi nicht hatte, vielleicht, gerade umgekehrt, die Absicht, durch diese Handlung seine Lage, und damit auch die Aussichten seiner Creditoren zu verbessern, so cessirt die actio Pauliana. Schwepe §. 33. not. 4. — S. auch Dabelow a. a. O. S. 383. u. f. — Diese actio ist demnach nicht eine Wirkung des Concurses; auch nicht eine Wirkung der Ueberschuldung, sondern eine Wirkung des dolus, der arglistigen Absicht des Debitors, seine Gläubiger zu verkürzen. — Der Zustand der Insolvenz hängt damit nur etwa insofern zusammen, daß der animus fraudandi leichter zu beweisen ist, wenn der Schuldner die Veräußerung erst zu einer Zeit vornahm, wo ihm jener Zustand nicht mehr unbekannt seyn konnte. — Eine Rechtsvermuthung für den animus fraudandi ist aber, wie mir scheint, selbst in diesem Falle nicht immer begründet. — Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn Jemand, der weiß, daß er Schulden hat, sein ganzes Vermögen, oder mit dem Bewußtseyn seiner Ueberschuldung einen Theil desselben verschenkt, ohne von den Schulden Erwähnung zu thun. Fr. 17. §. 1. D. 42. 8. — Vergl. Schweppe §. 33. nro. 3.

Eben so willkürlich sind größtentheils die Wirkungen des materiellen und des formellen Concurses bestimmt, wenigstens in Ansehung des Zeitpunktes, in dem sie eintreten sollen. Hierüber das Nähere unten.

[5]) Einige lassen den förmlichen Concurs mit der cessio bonorum anfangen; Andere mit der Aufstellung eines curator bonorum; wieder Andere mit dem Zeit-

nicht mehr im Stande war, mit Zuverlässigkeit zu bestimmen, in welchem Momente z. B. der Schuldner die Dispositions-Befugniß über sein Vermögen verlieren, — wann die s. g. Gemeinschaft der Gläubiger eintreten soll. u. s. w.

Gewiß hat sich daher v. Gönner [6]) ein Verdienst dadurch erworben, daß er die Verbannung dieser ganzen, in den Gesetzen ohnehin nicht vorkommenden Eintheilung sammt ihrem Gefolge aus so guten Gründen in Vorschlag brachte, daß ihm fast alle Theoretiker [7]) und Praktiker hierin beistimmten [8]).

---

punkte des gerichtlichen Anbringens mehrerer Gläubiger auf Bezahlung; oder mit Erlassung der Edictalladung. — S. Danz §. 144. not. c.

[6]) Handbuch d. g. Processes. Bd. IV. Abh. 82. §. 16. flg.

[7]) Nur wenige Proceßlehrer suchten auch nach v. Gönner noch die ältere Unterscheidung zu rechtfertigen. Zu diesen gehört Mackeldey Lehrbuch des heut. R. R. §. 767. S. auch noch Richters krit. Jahrb. 1837. 6. Hft., S. 524. Hier wird zwar die Gränzlinie zwischen dem imminenten und dem materiellen Concurse anders bestimmt, als gewöhnlich. Allein auch in diesem Sinne scheint mir die Unterscheidung sowohl in theoretischer, als in praktischer Hinsicht entbehrlich zu seyn.

[8]) Martin Lehrb. §. 321. — S. Schweppe §. 27. — Linde Lehrb. §. 430. — Mühlenbruch Grundriß §. 607. — Haimerl Vorträge über den Conc. der Gl. S. 29. Andr. Christ. Joh. Schmid, Handb. des gem. d. Civilproc. III. Bd. Kiel 1845. S. 279 not. *) — Die Frage, wann der Concursproceß eigentlich seinen Anfang nehme, hat übrigens v. Gönner keineswegs mit Stillschweigen übergangen. Er läßt denselben mit dim decretum de aperiundo concursu, d. h. mit dem Ausspruche des Richters über die Nothwendigkeit, das Concursverfahren zu eröffnen, beginnen. Den Inbegriff der gerichtlichen Verhandlungen, welche diesem Ausspruche vorausgehen, nennt v. Gönner das präparatorische Verfahren. S. dessen Hdb. Bd.

§. 21.

B. Universal- und Partikular-Concurs.*)

In der Regel wird das gesammte Vermögen des Schuldners als eine Masse behandelt, welche zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger bestimmt ist. — Ausnahmsweise ist es aber in gewissen Fällen einzelnen Gläubigern erlaubt, zu verlangen, daß ein Theil der Güter von dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden, und bloß zur Befriedigung ihrer Ansprüche verwendet werde. Insofern nun von diesem Separationsrechte wirklich Gebrauch gemacht wird, und die abgesonderten Güter zur vollständigen Befriedigung der darauf Anspruch habenden Gläubiger nicht hinreichen,[1]) kann es unter ihnen selbst zu einem förmlichen Concursverfahren kommen, welches man Particularconcurs zu nennen pflegt, im Gegensatze zu dem Universalconcurse, wo das ganze Vermögen, ohne Ausscheidung, die gemeinschaftliche Befriedigungsquelle für alle Gläubiger bildet. Der Hauptfall, in welchem eine solche Separation verlangt werden kann, ist I. der, wenn Jemand eine mit Schulden belastete

---

IV. Abh. 82. §. 21. u. flg. An den Zeitpunkt der Bekanntmachung jenes Decrets werden nun zwar allerdings auch die erheblichsten Wirkungen des Concursprocesses geknüpft; jedoch keineswegs in der Art, als ob sie nicht schon früher während des präparatorischen Verfahrens wenigstens durch Provisionalverfügungen hervorgerufen werden könnten. Das Nähere hierüber unten bei den Wirkungen des Concurses.

*) Dabelow S. 325. flg. — v. Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 82. §. 12. — Schweppe a. a. O. §. 147—150.

[1]) Denn wenn sie hinreichen, so entsteht kein Concursproceß unter ihnen. Separation kann stattfinden, ohne einen Particularconcurs zur Folge zu haben.

Erbschaft antritt.[2]) — Hier können nämlich die Erbschaftsgläubiger und die Legatarien[3]) begehren, daß die bona hered. von dem eigenen Vermögen des Erben abgesondert, und ihnen allein, mit Ausschluß der Creditoren des Erben, überlassen werden. — II. Der gewöhnlichen Ansicht zufolge[4]) soll eine Separation auch vorkommen können in dem Schuldenwesen eines filiusfamilias. — Diejenigen Gläubiger nämlich, welche dem filiusfam. mit Rücksicht auf sein castrense peculium creditirt haben, sollen berechtigt seyn, die Absonderung dieses Peculiums von seinen andern Gütern zu verlangen. — Allein eine umsichtige Interpretation der Hauptstelle[5]) über diesen

---

[2]) Dig. 42. 6. (De separation). — Aug. Wilh. Heffter System des röm. u. deutsch. Civilproc. 2te Ausg. Bonn 1843. S. 645. Nro. 531. Die vollständige Erläuterung dieses benef. separat. gehört in die Vorträge über das Civilrecht. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts 3te Aufl. Bd. 2. §. 508. (172) S. 301.

[3]) Ueber die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben s. insbesondere Fritz im Arch. für civil. Praxis. Bd. XII. S. 226.

[4]) Dabelow S. 348. flg.

[5]) Fr. 1. §. 9. D. 42 6. „Si filiifamilias bona veneant" qui castrense peculium habet; an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque videamus. Simul ergo admittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, ante quam militaret, fortasse debeant separari; quod puto probandum: ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri." Auch gehört noch hierher Fr. 7. D. 49. 17. (De castrens. pecul.)

Gegenstand führt zu dem Resultate, daß dieselbe nicht ein Separationsrecht einiger Gläubiger des filiusfam., sondern eine Rangordnung aller Gläubiger desselben festsetzt, und zwar in der Art, daß Diejenigen, welche mit dem filiusfam. contrahirt hatten, ehe er noch Soldat wurde, so wie Die, welche ihre Forderungen auch gegen den Vater geltend machen können, den übrigen Gläubigern nachstehen müssen.[6]) Außerdem räumt III. der Gerichtsgebrauch[7]) — obgleich mit Unrecht,[8]) auch den Gläubigern eines Handelsmannes, welcher mehrere getrennte Handlungen hat, das Separationsrecht ein. — Endlich IV. können die Lehengläubiger die Absonderung des Lehens und der Leheneinkünfte vom Allodium des

---

[6]) S. darüber Fritz im Archiv für civil. Praxis Bd. XII. S. 328. flg. Ueber die Art und Weise, wie diese Bestimmung des Röm. Rechts heutzutage zur Anwendung zu bringen sey, ist von demselben Verfasser ein besonderer Aufsatz versprochen worden.

[7]) Vergl. Dabelow S. 347. — Hagemann's prakt. Erört. VII. 105. — Veranlassung dazu gab das Fr. 5. §. 15. und 16. D. 14. 4. (De tribut. act).

[8]) Denn das Röm. Recht spricht nur von der tributoria actio, gegen den Herrn eines servus, welcher plures negotiationes exercebat. Da nun ein servus für seine Person nicht obligirt werden konnte, so war die Vorstellung, daß der Gläubiger nicht ihm, sondern der einzelnen taberna, für welche er etwas lieferte, Credit gegeben habe (merci magis, quam ipsi credidit), ganz natürlich. Auf freie Handelsleute, paßt aber diese Vorstellung nicht, und auch die Röm. Juristen haben sie auf freie Menschen nicht angewandt. — Struben rechtl. Bed. III. 108. Schweppe §. 148. not. 2. Aug. W. Heffter a. a. O. S. 647. Nro. 533. und S. 651. not. 64. — Schmid a. a. O. S. 196. not. Nro. 2.

Schuldners verlangen, um aus jenen vorzugsweise ihre Befriedigung zu erhalten.[9]) — Eine weitere Ausdehnung des Separationsrechts, auch noch auf andere Fälle, ist nicht zu rechtfertigen.[10]) Selbst dann, wenn der Schuldner

---

[9]) S. Dr. Phil. Jos. Mayr Hdbch. des gem. u. bayer. Lehenrechts § 153. Dabelow von den Lehenschulden und dem Lehensconcurse. 1794.

[10]) So wurde z. B. früherhin, einer sehr verbreiteten — durch Rücksichten der Billigkeit unterstützten, und eben daher auch nicht bloß von dem Gerichtsgebrauche angenommenen, sondern auch in einigen Particularrechten bestätigten Ansicht zufolge auch jenen Pfandgläubigern ein jus separationis ex jure crediti eingeräumt, welchen der in Anspruch genommene Vermögenstheil schon früher rechtmäßig verpfändet war, ehe er noch von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben wurde. — Gmelin von der Rangordnung der Gläub. Cap. II. §. 37. Hagemann pract. Erört. Thl. VI. Nro. 39. Vergl. die bayerische Gerichtsordnung von 1753. Cap. 20. §. 18. Nro. 1. und die Verordnung vom 22. Februar 1814 über diesen Gegenstand. — Allein in neuerer Zeit ist diese Ansicht mit ziemlich allgemeinem Erfolge für Theorie und Praxis bestritten worden, vorzüglich von Thibaut Pandectenrecht §. 655. und Arch. für die civ. Prax. Bd. XIV. Abh. 10. S. 235. flg., dann von Spangenberg im Arch. für die civil. Prax. Bd. X. Abh. 19. S. 404. flg. und Bd. XIV. Abh. 6. S. 155. — Erst C. G. Wächter ist wieder für die ältere Ansicht in die Schranken getreten, und zwar aus neuen Gründen, indem er das in Frage stehende Separationsrecht aus der den einzelnen Pfandprivilegien gesetzlich zugeschriebenen Natur und Wirkung zu rechtfertigen sucht. Arch. für die civ. Prax. Bd. XIV. Abh. 15. S. 340. bis 398. — So scharfsinnig aber auch die Vertheidigung geführt ist, so läßt doch die hiebei unternommene Interpretation der betreffenden Stellen noch manchen Zweifel zu. Am wenigsten ist Die-

im In- und Auslande Vermögen, und hier und dort Gläubiger hat, können die Gläubiger desselben Landes nicht verlangen, daß das in diesem Lande befindliche Vermögen bloß für sie allein verwendet werde, sondern, wenn sich ausländische Creditoren melden, müssen auch diese zum Concurse zugelassen werden. — Das kann sich aber freilich ereignen, daß sich ein ausländischer Richter weigert, das in seinem Bezirke befindliche Vermögen an das inländische Concursgericht abzuliefern, weil bereits Gläubiger seines Landes auf das dortgelegene Vermögen Anspruch gemacht haben, und in diesem Falle ist es allerdings möglich, daß, während im Inlande ein Concursproceß gegen einen Schuldner eröffnet ist, — auch

---

ses allerdings der Fall bezüglich des gefährlichsten Pfandprivilegiums, — nämlich der Ehefrau wegen ihrer Dos. — Wenn man übrigens in Fällen dieser Art auch ein Separationsrecht gelten läßt, so entsteht doch dadurch keineswegs ein Particularconcurs im gewöhnlichen Sinne. — Ferner ist es unrichtig, den Gläubigern eines Schuldners, dessen Güter verkauft worden sind, gegen die Gläubiger des Käufers ein Separationsrecht einzuräumen, Dabelow S. 352. flg.; oder dem socius des Gemeinschuldners zum Besten seiner Societätsforderung die Separation des dem Cridar an der Societät zustehenden Antheils zu gestatten: Schweppe § 148. not. 6. Dabelow S. 353 flg. — Die in Fr. 1. §. 6. u. §. 18, dann in Fr. 3. u. Fr. 6. §. 1. D. 42. 6. enthaltenen Fälle, welche man wohl auch zu den besondern gezählt hat, sind übrigens gewöhnliche Erbschafts-Separationsfälle, nur mit dem Unterschiede, daß in denselben ausnahmsweise nicht nur die Gläubiger des Erben die Separation verlangen können, sondern auch dieser selbst. — Der von Gönner (Hdb. Bd. IV. S. 529.) aufgestellte allgemeine Grundsatz läßt sich auf keinen Fall rechtfertigen. Schweppe §. 148. a. E.

im Auslande ein gleiches Verfahren wider ihn eingeleitet wird. [11])

---

[11]) Vergl. darüber Schweppe §. 154. — Haimerl a. a. O. S. 45. not. 3. Die Frage ob ein Particularconcurs ohne Totalüberschuldung rechtlich möglich sey, muß, wie mir scheint, wenigstens im Falle einer durch Erbschaftsgläubiger bewirkten Separation bejaht werden. Denn es kann sich ja ereignen, daß die cred. hereditarii auf Absonderung der Erbschaft dringen, obgleich dieselbe zu ihrer vollständigen Befriedigung nicht hinreicht, während, wenn sie die Vermischung der hereditas mit dem eignen Vermögen des Erben zugelassen hätten, dieses gesammte Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger, der Erbschaftsgläubiger sowohl als der eigenen Gläubiger des Erben hingereicht haben würde. Da nun nach Fr. 1. §. 17. und Fr. 5. D. 42. 6. die Erbschaftsgläubiger nach einmal erbetener Separation keinen Anspruch mehr auf das eigene Vermögen des Erben haben (die abweichende Meinung Papinians in Fr. 3. §. 2. D. eod. ist im Fr. 5. cit. nicht gebilliget), auch wenn sie aus den separirten Gütern ihre Befriedigung nicht erlangen können, so wird unter den Erbschaftsgläubigern ein Liquidations- und Prioritäts-Verfahren, ein Locationsurtheil, eine Distribution der Masse u. s. w., mit einem Worte ein förmlicher Concurs stattfinden, während doch eine Totalüberschuldung des Erben nicht vorhanden ist. Allerdings werden zwar unter den hier vorausgesetzten Umständen die Erbschaftsgläubiger auf Separation gar nicht antragen, wenn sie von dem Vermögensstande des Erben unterrichtet sind. Allein sie können ja in dieser Hinsicht im Irrthume seyn, ohne daß der Fall zu einer restitutio in integrum geeignet wäre. Und dann ist hier nicht die Frage, ob der Fall eines Particularconcurses ohne Totalüberschuldung de facto wahrscheinlich, sondern nur ob er, rechtlich betrachtet, möglich sey. — Martin scheint wenigstens im Fall einer Erbschaftsseparation diese Ansicht auch gelten zu lassen (§. 321. not. i. „s. jedoch noch l. 5. D. 42. 6."), obgleich derselbe im Texte selbst einen besondern Concurs ohne den allgemei-

§. 22.

Rechtliche Folgen des Concurses mit Angabe des Zeitpunktes, in welchem sie eintreten.

I. In Bezug auf den Schuldner, und zwar A. in Ansehung seiner Person.[1])

Für den durch Unglücksfälle insolvent gewordenen Schuldner hat der Concurs in persönlicher Hinsicht keine nachtheiligen rechtlichen Folgen.[2]) Vielmehr

---

nen für nicht gedenkbar erklärt. S. noch Schweppe §. 150. A. — v. Gönner vertheidigt den Satz, daß ein Particularconcurs ohne Insolvenz möglich sey, aus andern Gründen. Hdb. B. IV. S. 530. — Nimmt man übrigens an, wie dieses in der neuesten Zeit geschehen ist, daß der Erbe, auch noch nach der Antretung der Erbschaft, die Person des Erblassers, getrennt von der seinigen, repräsentirt, so ist freilich der Concurs über die separirte, überschuldete Erbschaft selbst schon ein Universalconcurs.

[1]) S. die Reichs=Polizei=Ordnung von 1548. Tit. XXII. — Reichs=Pol. Ordn. von 1577. Tit. XXIII. — Ferner: Continuatio des Reichs=Abschieds (Entwurfes) Dictat. Ratisbon. $^{17}/_{7}$ Febr. 1671 nro. 10. — (In der neuen Sammlung der Reichs=Abschiede Thl. IV. S. 78 flg. und in Bergmann's corpus jur. jud. S. 469. flg.)

[2]) Ausgenommen ein solcher Schuldner hätte die Flucht ergriffen, in welchem Falle er auf das Begehren seiner ordentlichen Obrigkeit, allenthalben, wo er getroffen wird, verhaftet und an diese abgeliefert werden soll. S. den vorhin cit. Reichsabsch. Entw. „und ist zweitens." Bei Bergmann S. 470. Daß unverschuldete Insolvenz wenigstens den Verlust politischer Ehrenbürgerrechte zur Folge habe, wird jedoch behauptet in Richters krit. Jahrb. I. Jahrg. S. 526. Daß ein durch unverschuldete Unfälle in Concurs gerathener Schuldner bloß deßhalb schon in Processen Dritter als ein minder glaubwürdiger Zeuge betrachtet werden könne (Hommels alphab. Zeugenkatalog von

ist ihm gesetzlich ein Anspruch auf Schonung und Mitleid zugesichert.[3]) Betrügerische Schuldenmacher[4]) hingegen sollen nicht nur ihrer Aemter und Würden entsetzt, und der Fähigkeit hiezu auch in Zukunft verlustig werden,[5]) sondern es sind ihnen sogar Criminalstrafen verschiedener Art[6]) in den deutschen Reichsgesetzen angedroht. — Der wirkliche Eintritt dieser nachtheiligen Folgen setzt jedoch ein förmliches Urtheil des Criminalgerichts voraus.[7])

G. A. Ackermann Dresden 1843, bei dem Worte „Bankerouttirer") halte ich für unrichtig.

[3]) Auch ist dem unverschuldet Verunglückten die Hoffnung gegeben, Moratorien zu erlangen (R. P. O. v. 1548. Tit. XXII. §. 2. u. v. 1577 Tit. XXIII. §. 4 — R. Absch. Entw. a. a. O. „Fünftens"), so wie der Anspruch auf die mit der cessio bonor. verbundenen Rechtswohlthaten — (R. Absch. Entw. „Drittens").

[4]) Die beiden cit. Reichs-Polizei-Ordnungen handeln freilich nur von Kaufleuten, Handtierern und Gewerbsleuten; — allein der R. Absch. Entwurf dehnt die Vorschrift auch auf Andere aus: „wie auch Anderer, welche keine Kaufleute sind." Ueber leichtsinnige Schuldenmacher s. den R. Absch. Ent. nro. 10. „Drittens" und die Jen. allg. Literatur-Zeitung v. J. 1837 Februarheft nro. 23.

[5]) Selbst dann, wenn die Schuldner wieder „zu häuslichen Wohnungen" kamen, war ihnen der Zutritt zu Aemtern und Dignitäten versagt. R. Abschn. Entw. nro. 10. „Erstlich." — Leider wird diese höchst weise Bestimmung jetzt eben so wenig mehr beachtet, wie überhaupt die älteren gesetzlichen Vorschriften über den Einfluß der persönlichen existimatio auf die äußere Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft.

[6]) In dem R. Absch. Entw. ist nicht nur der Schuldthurm, die Relegation, der Pranger und Fustigation, sondern selbst „wirkliche Lebensstrafe" angedroht. nro. 10. „Drittens."

[7]) Das Concursgericht soll jedoch in jedem Falle, wo Ver-

§. 23.

B. In Ansehung des Vermögens.

Hinsichtlich des Vermögens ist zu unterscheiden zwischen solchen Gütern und Rechten, welche zur Concursmasse gezogen werden können, und solchen, die nicht dahin gehören.[1]) Die Befugnisse, welche dem Schuldner bisher an den letzteren zustanden, werden durch den Concurs nicht aufgehoben oder verändert. In Ansehung der erstern hingegen verliert der Cridar, — er mag nun durch Unglück oder eigne Schuld in Verfall gekommen seyn — Detention, Genuß und Dispositionsbefugniß. Er darf also a) die Früchte, Zinsen und Renten dieses Vermögens nicht mehr für sich beziehen; b) nichts davon veräußern;[2]) c) keine Processe rücksichtlich derselben führen,[3]) und d) aus diesem Vermögen keine Zahlung mehr leisten. — Eigenthümer hört er aber nicht auf zu seyn,[4]) und eben so wenig verliert er durch die

---

dacht einer Gefährde obwaltet, den Criminalrichter zur geeigneten Untersuchung veranlassen.

[1]) Das Nähere über die Frage, was zur Concursmasse gehört, was nicht, s. unten §. 25.

[2]) Ueber die Folgen einer rechtswidrigen Veräußerung s. den nächstfolgenden §.

[3]) S. Fr. 17. pr. D. 4. 8. (de receptis). Gensler im Arch. für civ. Prax. II. Bd. S. 357. nro. 3. — Daher die Bestellung des Contradictor von Seite des Gerichts, welcher den Schuldner zu vertreten hat.

[4]) Fr. 3. D. 42 3. (De cess. bon.) — c 2 u. 4. C. 7. 71. (Qui bon. ced. poss.) — Gensler a. a. O. nro. 2 — Der Umstand, daß der Schuldner Eigenthümer seines Vermögens bleibt, kann übrigens nicht blos vortheilhafte, sondern auch nachtheilige Folgen für ihn haben, weil er als Eigenthümer auch das periculum tragen muß.

Eröffnung des Concurses die Fähigkeit, neues Vermögen zu erwerben,[5] oder einen angebotenen Erwerb auszuschlagen.[6])

§. 24.

Fortsetzung.

Ueber den Zeitpunkt in welchem die so eben (§. 23.) aufgezählten Wirkungen eintreten, ist Folgendes zu bemerken: I. Die Detention seines Vermögens verliert der Schuldner, wenn er sie nicht selbst aufgibt,[1]) durch obrigkeitliche Entsetzung. Diese wird aber, — wenigstens in Ansehung des gesammten beweglichen und unbeweglichen Vermögens,[2]) nicht leicht vor

---

[5]) Ueber die Frage, ob der neue Erwerb, welcher noch durante crida gemacht wird, auch sofort zur Concursmasse gezogen werden könne, s. unten §. 25.

[6]) Fr. 6 pr. §. 1—4. D. 42. 8 (Quae in fraud. cred. etc.) Fr. 67. §. 1. D. 36. 1 (Ad Sct. Trebell.) — Schweppe §. 38. — Mackeldey Lehrb. §. 774. nro. 2. — Jedoch ist die Sache bestritten. Vergl. Dabelow S. 452 flg. Bei der von Dabelow selbst vertheidigten Ansicht S. 260 scheint eine an sich richtige Unterscheidung durch falsche Anwendung zu unrichtigen Resultaten geführt zu haben. Wäre übrigens die Nov. 135 glossirt, so könnten vielleicht (denn die Worte der Novelle sind auch in dieser Beziehung sehr unklar) die Gläubiger auch einen erst angebotenen Erwerb unmittelbar an sich ziehen, und dadurch die Repudiation des Schuldners vereiteln. Vergl. noch Fr. 45. pr. D. De jure fisci. (49. 14.)

[1]) Z. B. dadurch, daß er die Flucht ergreift.

[2]) Denn der Besitz einzelner Gegenstände, insbesondere solcher welche einen bedeutenderen Werth haben und doch von dem Schuldner leicht heimlich bei Seite geschafft werden könnten, wird ihm nicht selten schon früher durch provisorische

dem Decretum de aperiundo concursu verfügt. — Ja selbst dieses Decret enthält nur selten den ausdrücklichen Befehl zur Exmission des Schuldners, so daß gewöhnlich die Gläubiger, sogar nach förmlich eröffnetem Concurse noch, Mühe haben, den Cridar aus dem factischen Zusammenhange mit seiner Habe zu bringen.

II. Die Dispositionsbefugniß des Schuldners hört heutzutage[3]) auf jeden Fall auf, wenn das Decret. de

---

Maßregeln entzogen. — S. W. H. Puchta. Ueber den Concpr. §. 125. — Linde Lehrb. §. 432.

[3]) Nach Röm. Recht erlosch die Dispositionsfähigkeit des Schuldners wohl nicht ipso jure durch die missio creditorum. Denn, wenn dieses der Fall gewesen wäre, so hätte auch eine von dem Schuldner post bona possessa vorgenommene Veräußerung ipso jure schon ungültig seyn müssen, ohne daß erst eine Rescission derselben vermittelst der act. Paul. nöthig gewesen wäre. Mehrere Stellen sprechen aber ausdrücklich von dieser actio auch in solchen Veräußerungsfällen; z. B. Fr. 9. D. 42. 8. (quae in fraud. cred.), wo gewiß die Florentiner Lesart: „cujus bona possessa sunt“ vor der vulgata: „c. b. p. non sunt“ den Vorzug verdient. Ferner: Fr. 10 §. 16. D. eod. — So viel ist aber freilich richtig, daß sich die Gläubiger in Folge des Missionsdecretes den wirklichen Besitz der Güter verschaffen, über dieselben disponiren [Vergl. Fr. 8. §. 1—4 D. (De rebus auct. jud.) 42. 5.] und dadurch dem Schuldner die Veräußerung dieser Güter factisch unmöglich machen konnten. (Vergl Bethmann-Hollweg Hdb. des Civilpr. S. 341.) Auch von der cessio bonorum läßt sich nicht behaupten, daß durch sie allein — (also durch ein bloßes Versprechen) — eine spätere Veräußerung von Seite des Schuldners rechtlich unmöglich geworden sey. — Nach Röm. Rechte hörte daher weder in dem Momente der missio noch der cessio die Dispositionsfähigkeit des Schuldners an sich auf. Sie dauerte vielmehr fort bis zum wirklichen

aperiundo concursu eröffnet wird, und zwar ohne Unterschied, das Decret mag ein ausdrückliches Verbot in dieser Hinsicht enthalten oder nicht.[4]) Sehr oft werden übrigens schon vor Erlassung jenes Decrets, in dem vorausgehenden Verfahren provisorische Veräußerungs- und Zahlungsverbote, auch wohl Arreste verfügt,[5]) um die Gläubiger sicher zu stellen, und dann erlöscht das Dispositionsrecht des Schuldners natürlich auch schon in dem Momente, wo ihm dergleichen Verfügungen bekannt gemacht werden.

Die Folgen einer von dem Schuldner vorgenommenen Veräußerung werden nach dem jetzt geltenden Rechte darnach bestimmt, ob die Veräußerung vor der förmlichen Concurseröffnung, resp. vor dem provisorischen Veräußerungsverbote stattfand, oder später. In dem letzten Falle ist die Handlung nichtig, und die Sache kann dem dritten Erwerber unmittelbar wieder abgefordert und zur Masse gezogen werden.[6]) In dem ersten Falle hingegen

---

Verkaufe der Güter. Nur konnten freilich nachtheilige Veräußerungen von seiner Seite durch die wirkliche Besitzergreifung von Seite der Gläubiger verhindert, oder, wenn sie etwa schon geschehen waren, durch die actio Pauliana wieder umgestoßen werden. S. Schweppe § 31. und besonders Franke im Arch. für civil. Prax. Bd XVI. S. 131 flg. Abweichende Ansichten haben: Heffter Instit. S. 568. nro 8. Schrader in den Noten zu §. 6. J. De action. Mackeldey §. 771.

[4]) Denn es wird angenommen, daß in der Concurseröffnung ein stillschweigendes Veräußerungsverbot liege. Schweppe §. 31. not. 2

[5]) S. oben not. 2. u. v. Grolman. Theor. des gerichtl. Verf. §. 250. not. 1.

[6]) Ob der Erwerber von dem Veräußerungsverbote etwas wußte, oder nicht, ist gleichgültig. In dem letzteren Falle ist es freilich um so härter für ihn, die erworbene Sache

ist die Veräußerung nur insofern anfechtbar, als die Bedingungen der actio Pauliana vorhanden sind.[7]) Zahlungen, welche der Schuldner nach eröffnetem Decrete de aper. conc. oder nach an ihn ergangenem Zahlungsverbote noch an einzelne Gläubiger leistet, sind ebenfalls ipso jure ungültig [8]) Was aber einem Gläubiger zur Tilgung einer bereits fälligen Schuld früher schon bezahlt wurde, kann der richtigeren Ansicht zufolge auch mit der actio Pauliana nicht mehr revocirt werden.[9])

---

wieder ausliefern zu müssen, weil er einen zahlungsunfähigen Autor hat. Allein dieselbe Härte kann auch in vielen andern Fällen ähnlicher Art eintreten, ohne daß die Gesetze darauf Rücksicht nehmen — v. Gönner Bd. IV. Abh. 82. §. 24. — Schweppe §. 31. not. 1. — A. M. v. Grolman Theor. des gerichtl. Verfahr. §. 250. a. E.

[7]) Ueber die Natur dieser Klage nach Röm. Rechte s. insbesondere v. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. VI. S. 131—139. — Franke im Archiv für civil Prax. XVI. Bd. S. 125—129.

[8]) Nach Röm. Rechte mußten auch post bona possessa geleistete Particularzahlungen mit der actio Pauliana angefochten werden. Fr. 6. §. 7. D. 42. 8. (Quae in fraud. cred) Franke a. a. O. S. 140 unten.

[9]) Fr. 6. §. 6. u. 7. Fr. 25. §. 1. D. 42. 8. (Quae in fraud. cred.) — Die dagegen angeführten Fr. 24. (init.) D. 42. 8. und Fr. 6. §. 1 u. 2. D. 42. 5. (De rebus auctor. jud. etc.) handeln von einem andern Falle, welcher nicht nach den Grundsätzen der actio Pauliana zu beurtheilen ist. S. darüber Franke im Arch. f. civ. Pr. Bd. XVI. S. 251—259. — Abweichend hievon ist die gewöhnliche Meinung. S. Dabelow S. 425 flg. — Allerdings findet jedoch die actio Pauliana statt a) im Falle einer datio in solutum. Franke a. a. O. S. 262 flg.; b) wenn der Schuldner einem Gläubiger in fraudem caeterorum noch ein Pfandrecht einräumte, und der Gläubiger selbst um die böse Absicht

§. 25.

Was gehört zur Concurs-Masse?

Die Concurs-Masse soll das gemeinschaftliche Executionsobject für sämmtliche Gläubiger bilden, und zwar in einer Lage des Schuldners, in welcher es gewiß ist, daß alle Gläubiger vollständig nicht mehr befriediget werden können. Daraus folgt: 1) daß jenes Vermögen des Schuldners, welches außer dem Concurse im Wege der Execution angegriffen werden könnte, auch zur Concursmasse gehört; und zwar 2) alles Vermögen dieser Art.

Ausgeschieden bleiben daher nur:

a) fremde[1]) Sachen, welche sich in den Händen des Schuldners befinden,[2]) insofern diesem gar kein fruchtbringendes Recht daran zusteht;[3])

---

wußte; Frag. 6. §. 6. Fr. 22. D. 42. 8. Franke S. 259; c) wenn der Schuldner eine noch nicht fällige, oder eine bedingte Schuld vor dem Eintritte der Bedingung zahlte, Fr. 10. §. 12 Fr. 17. §. 2. D. 42. 8. Franke S. 266 flg.

[1]) Litigiose Gegenstände gehören allerdings auch zur Concursmasse. Der von dem Schuldner begonnene Proceß wird sodann von den Gläubigern durch den curator bonorum fortgesetzt.

[2]) Z. B. deponirte, geliehene Sachen, Speditions- und Commissionsartikel bei Handelsleuten u. dgl. Rücksichtlich solcher Gegenstände können die Eigenthümer, wenn sie bei der Ausmittelung der Masse nicht ohnehin schon von dem Güterpfleger ausgeschieden und restituirt worden sind, als Vindicanten gegen die Concursgläubiger auftreten. Das Nähere darüber weiter unten.

[3]) Denn wenn dem Schuldner ein solches Recht z. B. der usus fructus zusteht, so können allerdings wenigstens die Früchte und Erträgnisse zur Masse gezogen werden. S. unten not. 10. Sollte übrigens der Fruchtgenuß mit Lasten

b) solche Rechte des Schuldners, welche nicht einmal der Ausübung nach von seiner Person getrennt werden können;[4])
c) die ihm verliehenen Ehrenzeichen;[5])
d) die dos der Ehefrau des Schuldners;[6])
e) im Concurse eines Staatsbeamten ein, gewöhnlich particularrechtlich bestimmter Theil der Besoldung;[7])

---

verbunden seyn, so müßte sich allerdings die Gläubigerschaft auch zu deren Mitübernahme bequemen. — Richter Jahrb a. a. O. S. 526. — Solche Güter, welche zum Besten dritter Personen für unveräußerlich erklärt sind, wie z. B. Fiedeicommiß- und Lehngüter, gehören, der Substanz nach, eben so wenig zur Concursmasse, wie fremde Sachen. Nur die Früchte und Renten können die Gläubiger in der Regel in Anspruch uehmen. — Schweppe §. 36. nro. 1. — Mackeldey § 774. lit. f. — Schmid Hdb. III. S. 253 not. 3.

[4]) Z. B. der usus nach Röm. Rechte. Schweppe §. 38. nro. 2.

[5]) Fr. 29. D. 42. 5. (De reb. auct. jud.)

[6]) Denn wenn der Mann verarmt, so kann die Frau die noch vorhandenen Dotalsachen auch während der Ehe vindiciren. c. 29. 30. C. 5. 12. — Schweppe §. 39. nro. 3. — Mackeldey §. 774. lit. d. — Daß das castrense und quasi castrense peculium der Kinder des Cridars nicht zu seiner Concursmasse gehört, versteht sich von selbst, so wie, daß das profectitium dahin gehört. — Die Erträgnisse der bona adventitia der Kinder sollen, als zum Unterhalte und zur Erziehung der Kinder bestimmt, ebenfalls nicht in die Concursmasse des Vaters eingeworfen werden. Dabelow S. 510 Schweppe § 39. nro. 4. — Doch dürfte diese Behauptung nicht ganz unbedenklich seyn. Vergl. Schmid a. a. O. S. 254. not. 4.

[7]) Schon das Röm. Recht (c. 4. C. 7. 53. De execut. rei

f) dem Gerichtsgebrauche zufolge die täglichen Kleider für den Cridar und seine Familie. [8])

Alles übrige Vermögen hingegen, es mag nun in beweglichen oder unbeweglichen Gütern, in baarem Gelde, in dinglichen Rechten, [9]) Renten, [10]) oder in Forderungen [11]) bestehen; die Ansprüche des Schuldners

---

jud.) läßt die Einziehung der stipendia milit. nicht so „ohne Weiteres" zu, wie Schweppe (§. 39. nro. 2.) und zwar sogar mit Bezug auf obige Stelle behauptet. — Vergl. Struben rechtl. Bedenken I. 7. Götting. gelehrt. Anz. v. J. 1837. S. 1315 ob. S. noch Spangenberg pract. Erört. I. S. 118.

[8]) Das gewöhnlich hiefür angeführte Argument aus Fr. 6—8 D. 20. 1 (De pignor. et hyp), welches übrigens weiter reichen würde, als bloß auf die Kleider allein, läßt sich nicht rechtfertigen. Dabelow S. 126. — Noch weniger läßt sich aus Fr. 6. D. 42. 3. (De cess bon.) beweisen, daß jedem Cridar die Alimente gelassen werden müssen. Denn diese Stelle spricht bloß von dem Falle, wenn einem Schuldner, welcher bereits bonis cedirte, hinterher etwas misericordiae causa relictum fuerit. — Im übrigen ist noch zu bemerken, daß in solchen Fällen, wo einige Gläubiger auf Separation antragen können (s. oben §. 21), die separirten Güter auch nicht in die Hauptconcursmasse fallen.

[9]) Z. B die Emphyteusis, der Nießbrauch, dieser wenigstens insofern, daß die Früchte so lange in die Masse fließen, als das Recht in der Person des Schuldners fortbesteht. Fr. 8. D 42. 5. (De reb. auct. jud) Vergl. noch Schweppe §. 39. nro. 2.

[10]) c. 2. X. 3. 22. (D. fidejuss.)

[11]) Fr. 15. § 8. D. 42. 1. (De re judic.) — Arg. Fr. 49 D. 50. 16. (De V. S.)

mögen permanent oder nur temporär[12]) seyn, kann von den Gläubigern zur Masse gezogen werden.

§. 26.

Ueber das erst nach eröffnetem Concurse von dem Schuldner erworbene Vermögen.

Daß solche Güter und Rechte, welche der Schuldner schon im Momente der Concurseröffnung wirklich erworben hatte, und die fortlaufenden Einkünfte[1]) aus diesem Vermögen zur Concursmasse gehören, — insofern sie nach den im vorhergehenden §. enthaltenen Bestimmungen überhaupt dazu geeignet erscheinen, ist außer Zweifel. Ja selbst Das, worauf der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung nur noch einen Anspruch sub conditione erworben hatte, spricht man der Masse zu, wenn nachher die Bedingung eintritt.[2]) —

Eben so unbestritten ist wohl jetzt der Satz, daß solches Vermögen, welches der Schuldner — ohne daß der Erwerbsgrund schon früher vorhanden gewesen wäre — erst nach der völligen Beendigung des Concurses adquirirt, nicht mehr als ein bloßer Nachtrag zu der distribuirten Masse in der Art betrachtet werden könne, daß etwa nur die nicht, oder nicht vollkommen

---

[12]) Fr. 69. §. 1. D. 31. (De legat. II.) — Ueber die im Auslande gelegenen Vermögensbestandtheile s. oben §. 21.

[1]) Voet. ad Pand. XXXIII. 3.

[2]) Gensler im Arch. Bd. II. S. 356. not 8. — Schweppe §. 35. nro. 1. lit. b. — Daß Rechte und Forderungen, welche der Schuldner sub die bereits erworben hatte, ehe noch der Concurs ausbrach, auch zur Masse gehören, wenn gleich der dies noch nicht gekommen war, ist noch weniger einem Zweifel unterworfen.

befriedigten früheren Concursgläubiger, mit Ausschluß der präcludirten, oder erst später entstandenen darauf Anspruch machen könnten. Hinsichtlich dieses neuerworbenen Vermögens werden vielmehr folgende Grundsätze befolgt: 1) Wenn der neue Erwerb unbedeutend ist, so wird den Executionsanträgen der unbefriedigten Gläubiger keine Folge gegeben.[3]) 2) Ist das neu erworbene Vermögen von Belang, so können zwar die nicht befriedigten Gläubiger hinsichtlich ihres Forderungsrestes dasselbe angreifen;[4]) allein die präcludirten oder erst später entstandenen Gläubiger sind nicht davon ausgeschlossen [5]) 3) Wenn der Schuldner des beneficii cessionis bon. würdig befunden ward, so gebührt ihm auch bei einem beträchtlicheren, neuen Erwerbe gegen solche Nachklagen das s. g. benef. competentiae.[6]) —

Ob aber auch das in der Zwischenzeit von dem Momente der Concurseröffnung bis zur Beendigung des Concurses angefallene und von dem Schuldner erworbene[7]) Vermögen ohne Weiteres in die gemein-

---

[3]) Fr. 6. u. 7. D. 42. 3. (De cess. bon.) Die erste Stelle spricht freilich nur von einem Schuldner, qui bonis cesserat; und auch die zweite scheint wegen ihrer Stellung in dem Titel de cess. bon. nur auf einen solchen bezogen werden zu können, obgleich sie sich ganz allgemein ausdrückt. — Allein dem Gerichtsgebrauche zufolge wird diese Schonung auch solchen Schuldnern zu Theil, welche nicht bonis cedirt hatten. Dabelow S. 516 oben. — Heffter Instit. S. 567. nro. 7.

[4]) Fr. 6. u. 7. D. cit.

[5]) S. oben §. 11. no. 6. a. E.

[6]) Fr 4. D. 42. 3. (De cess. bon.)

[7]) Daß er zu solchem Erwerbe nicht gezwungen werden könne, ist schon früher bemerkt worden. §. 23.

schaftliche Masse einzuwerfen, oder ob nicht vielmehr dieser Erwerb dem Erwerbe nach beendigtem Concurse gleich zu achten sey; — darüber sind die Meinungen getheilt.[8]) — Die richtige Ansicht ist wohl die, welche das durante crida erworbene Vermögen unmittelbar zur Concursmasse schlägt, indem schon das R. R. unter dem neuen Erwerbe des Schuldners nur das post bona vendita erworbene Vermögen verstand.[9])

§. 27.

II. In Ansehung der Gläubiger, und zwar A. einzeln betrachtet.

Auch die Lage des einzelnen Gläubigers wird durch den Ausbruch des Concurses verschlimmert. Denn I. die Aussicht auf volle Befriedigung, welche vor dem Concurse keinem Gläubiger, auch dem bloßen Chirographargläubiger[1]) nicht schlechthin abgesprochen

---

[8]) Das Letztere behauptet Gensler im Arch. Bd. II. S. 356, — das Erste Schweppe § 35 nro. 2. und Mackeldey §. 774. nro. 1. — Dabelow S. 538 unterscheidet, ob bei dem Concurse eine Güterabtretung vorkam, oder nicht. In dem ersten Falle soll die Masse nur das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene baare Vermögen und die dem Schuldner damals zuständigen Rechte; — in dem zweiten Falle hingegen auch das bis zur Beendigung des Concurses erworbene Vermögen begreifen.

[9]) Fr. 6. D. 42. 3. (De cess. bon.) — Puchta §. 25. Götting. gelehrt Anz. v. 1837. S. 1315. — A. M. ist wegen §. 40. J. 4. 6. und Fr. 4. D. 42. 3. — Schmid a. a. O. S. 257 und 258.

[1]) Selbst dann nicht, wenn der Schuldner bereits außer Stand wäre, alle seine Gläubiger zu befriedigen und

werden kann, geht für manchen Creditor durch den Concurs entweder gänzlich verloren, oder wird doch unsicher. — II. Außer dem Concurse kann jeder einzelne Gläubiger, sobald er ein rechtskräftiges Urtheil hinsichtlich seiner Forderung erwirkt hat, auf Execution dringen. Im Concursprocesse[2]) hingegen muß der Ein=

---

unter diesen sich vorzüglichere befänden. Denn vor dem Ausbruche des Concurses gilt das „sibi vigilare" nach Fr. 6. §. 7. D. 42. 8. (Quae in fraud. cred.)

[2]) Fr. 6. §. 7. D. cit. — Ueber die Frage, in welchem Zeitpunkte die Execution zu Gunsten einzelner Gläubiger eingestellt werden soll, sind die Meinungen getheilt. Claproth (Einl. in sämmtl summar. Proc. §. 293 B. not. c.) und Danz (Grds. der summar. Proc. §. 149. not d.) nehmen an, daß die begonnenen Particularexecutionen schon sistirt werden sollen, sobald sich einmal mehrere Gläubiger ihrer Forderungen wegen bei dem Richter gemeldet haben. Allein diese Ansicht hängt mit den unrichtigen Vorstellungen von einem s. g. materiellen Concurse zusammen. Richtiger dürfte es seyn, als Regel aufzustellen, daß vor der Eröffnung des Decrets de aperundio concursu die einzelnen Executionen ungehindert ihren Fortgang nehmen, und dem auf diesem Wege befriedigten Gläubiger das Empfangene nicht mehr abgefordert werden könne. Denn bis dahin kann ja der Schuldner — abgesehen von der actio Pauliana —. auch gültig Zahlung leisten. — Schweppe §. 81. vergl. mit §. 83 nro. 4. — Daß aber der durch die Execution gewonnene Erlös in Folge der Intervention eines Mitgläubigers auch vor der Concurseröffnung provisorisch mit Arrest belegt werden könne, ist allerdings richtig. Puchta §. 126. a. E. — Die Execution im Wechselprocesse, insofern sie bloß auf die Person des Schuldners gerichtet ist, wird übrigens durch den Ausbruch des Concurses nicht gehemmt. — Schweppe §. 83. nro. 4.

zelne abwarten, bis über die Liquidität sämmtlicher Ansprüche, und über die Rangordnung derselben entschieden ist. Nur dann findet ausnahmsweise eine Vorauszahlung statt, wenn nicht nur die Liquidität einer Forderung außer Zweifel, sondern auch vollkommene Gewißheit darüber vorhanden ist, daß diese Forderung nach dem Stand der Masse auf jeden Fall zum Zuge kommen werde. [3]) III. Nach der Eröffnung des Concurses kann der einzelne Gläubiger für seine Forderung kein Vorzugsrecht mehr erwerben. [4]) IV. Vor dem Concurse hat der einzelne Creditor nur einen Gegner,

---

[3]) Ueber die Bedingungen einer solchen Vorauszahlung sind die Meinungen verschieden. Martin §. 322. nro. III. läßt vor rechtskräftig entschiedener Priorität gar keine Vorauszahlung anders, als gegen cautio de restit. zu. Allein wenn eine Forderung ganz liquid, und zugleich außer Zweifel ist, daß sie zur Hebung gelangen werde (und diese Gewißheit kann doch auch vor rechtskräftig erkannter Priorität schon actenmäßig begründet werden), so ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger mit einer Caution belästigt werden soll. Puchta §. 187. — Schweppe (§. 85. nro. 3) hält auch für nothwendig, daß kein besserer und kein gleichberechtigter Gläubiger vorhanden sey. Allein, wenn ungeachtet eines solchen Vor- oder Mitberechtigten Der, welcher die Vorausbezahlung anspricht, doch zuverlässig, und ohne Gefahr für Jene, seine volle Befriedigung erwarten kann, so dürfte kein Grund vorhanden sein, ihn deßhalb zurückzuweisen. — v. Gönner Bd. IV. Abh. 82. §. 27. nro. 4. — Ja nach Umständen kann es sogar für die übrigen Creditoren vortheilhaft seyn, dergleichen Vorauszahlungen zu bewilligen, besonders der Zinsen halber. v. Gönner a. a. O §. 27. — Schweppe §. 85. Jenaische allg. Liter. Zeit. v. 1837 Februar-Heft S. 172.

[4]) Martin §. 322. nro. V. Daher werden von nun an keine Einträge in die Hypothekenbücher mehr gestattet.

den Schuldner nämlich; im Concursprocesse hingegen kann er außer dem Contradictor auch noch seine Mitgläubiger zu Gegnern bekommen.[5])

§. 28.

Fortsetzung.

V. Wenn ein Gläubiger vor dem Ausbruche des Concurses an irgend einer Sache des Gemeinschuldners ein Retentionsrecht hatte, so erlöscht dieses Recht; die Sache muß an die Masse abgeliefert, und die Forderung von dem Gläubiger im Concurse angemeldet und liquidirt werden.[1]) Von dieser Regel ist auch hinsichtlich

---

[5]) Dabelow S. 681. not. p. — Gensler im Arch. II. S. 353, welcher, trotz der unter den Gläubigern bestehenden Gemeinschaft, doch ihr Verhältniß untereinander ein bellum omnium contra omnes nennt.

[1]) Dieser Satz ist freilich sehr bestritten. Allein die im §. angeführten, aus der Natur des heutigen Concursverfahrens entnommenen Gründe für das Aufhören des Retentionsrechtes an dem Faustpfande sprechen auch für das Erlöschen dieses Rechts in andern Fällen. — Die hier angenommene Meinung hat auch bei den neuern Proceßlehrern mehr Eingang gefunden, als die entgegengesetzte. Dabelow S. 684. — Martin §. 322. Nro. IV. — Glück Com. XV. §. 937. S. 132. — v. Gönner Hdb. IV. Abh. 82. §. 10. — Gensler im Arch. II. S. 348 oben. — Anderer Meinung sind: Schweppe §. 47. S. 87 und §. 60. — Mackeldey §. 772 nro. 3. a. u. b. Spangenberg in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. V. Abh. 13. S. 196, wo die verschiedenen Ansichten insbesondere über das Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers zusammengestellt, und die Vertheidiger derselben angeführt sind. Eine ausführliche und gründliche Erörterung dieser Streitfrage findet sich in den Beiträgen zur

des Faustpfandgläubigers keine Ausnahme [2]) zu machen. Denn a) Alles, was zur Zeit der Concurseröffnung zu dem eigenthümlichen Vermögen des Schuldners gehört, bildet einen Bestandtheil der Masse, und kann zu dieser gezogen werden, also auch das Faustpfand in den Händen eines einzelnen Gläubigers; b) der Verkauf der zur Concursmasse gehörigen Objekte muß öffentlich durch das Concursgericht geschehen; also kann der Faustpfandgläubiger das pignus nicht für sich allein veräußern, um sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen; endlich c) muß sich heutzutage jeder Gläubiger, auch der Pfandgläubiger in Folge der Edictalcitation melden, wenn er aus dieser Masse befriedigt werden will, folglich doch auch wohl der creditor pignoratitius, der ja auch Gläubiger ist, und dessen Recht an sich nicht stärker genannt werden kann, als das eines Hypothekgläubigers. — Wenn dagegen angeführt wird, daß die Gläubiger nicht mehr Recht haben, als der Cridar, dieser aber das Faustpfand nur gegen Entrichtung der Schuld hätte zurückfordern können, [3]) so ist hierauf zu bemerken,

---

Lehre vom Concurse von Carl Fr. Oetker. Kassel 1847. S. 3 bis 73, wo auch die bisher noch nicht untersuchte Frage beantwortet wird, wie es mit dem Retentions-Rechte wegen nicht klagbarer Forderungen (Fr. 6. 7. §. 2. Fr. 9. pr. [39, 2.] Fr. 9 §. 3. eod. Fr. 8. [47. 9.]) zu halten sey.

[2]) Nur der Verkäufer kann ungeachtet des über den Käufer ausgebrochenen Concurses das Kaufsobject so lange retiniren, bis ihm der Kaufpreis vollständig bezahlt wird. Denn da das Eigenthum vor der Bezahlung des Preises nicht an den Käufer übergeht, so gehört die res vendita noch gar nicht zur Concursmasse. — Dabelow S. 684. not. 1.

[3]) Dieß ist der einzige, einigermaßen beachtungswerthe Grund

daß dieser Satz nur auf das Verhältniß der Gläubiger zu einem Dritten anwendbar ist, keineswegs aber auch auf das Verhältniß der Gläubiger zu einem ihrer Mitgläubiger.[4]) — Die von Einigen vertheidigte Ansicht, daß das Faustpfand zwar nicht von dem curator bonorum, wohl aber von den etwa vorhandenen stärkeren oder gleich starken Hypothekgläubigern abgefordert werden könne, würde übrigens, wenn sie richtig wäre, in den allermeisten Fällen dem creditor pignorat. auch keinen Vortheil gewähren.[5])

§. 29.

B. In Bezug auf die Gesammtheit der Gläubiger.

Man hat sich vielfach bemüht, für das durch den

---

für die Fortdauer des Retentionsrechtes. Schweppe §. 60. S. 111. unten. — Spangenberg a. a. O. S. 200 unten.

4) Mühlenbruch Entw. §. 606. — Daß die Gläubiger unter sich und gegen einander in gewisser Hinsicht mehr Rechte haben, als welche der Schuldner, gegen jeden einzelnen betrachtet, gehabt hätte, ergibt sich z. B. schon daraus, daß sie die Vorausbezahlung an einen einzelnen Creditor selbst unter solchen Umständen verweigern dürfen, unter welchen der Schuldner der Befriedigung dieses Gläubigers rechtlich nichts mehr hätte in den Weg legen können.

5) Denn es wird wohl selten ein Concurs vorkommen, in dem sich gar kein älterer oder stärkerer Pfandgläubiger gemeldet hätte. — Sollte übrigens wirklich der Faustpfandgläubiger ein stärkeres Pfandrecht haben, als das aller übrigen Gläubiger, so schadet ihm auch die Ablieferung des Pfandes zur Masse nicht, weil er unter dieser Voraussetzung auch vor den Uebrigen zum Zuge gelangt.

Concurs entstehende Rechtsverhältniß der Gesammtheit der Gläubiger einen einfachen, bekannten Gesichtspunkt aufzufinden. Allein fast jeder dieser Gesichtspunkte führt in seiner consequenten Anwendung zu Resultaten, welche mit den einmal bestehenden und zum Theile selbst gesetzlich begründeten Eigenthümlichkeiten des Concurswesens mehr oder weniger im Widerspruche stehen.[1]) Offenbar unrichtig[2]) war es namentlich, die Concursgläubiger als Universalsuccessoren des Gemeinschuldners darzustellen,[3]) indem sie ja nicht Eigenthümer des Vermögens werden,[4]) und da, wenn wirklich eine Universalsuccession stattfände, wie bei der hereditas, die Forderungen der Gläubiger erlöschen müßten.[5]) Aus dem zuerst angeführten Grunde paßt auch der Gesichtspunkt der datio in solutum nicht; und die Gläubiger als gewöhnliche Cessionare des Schuldners anzusehen, geht unter Anderm schon darum nicht an, weil der Schuldner die Masse, so lange sie noch nicht veräußert ist, gegen Befriedigung der Gläubiger wieder zurück-

---

[1]) Gensler (Arch. II. S. 348. nro. III.) nennt daher den Uebergang des Vermögens auf die Gläubiger eine Mischung von cessio, datio in solutum, und mandatum in rem propriam, wodurch aber freilich die juristische Vorstellung von dem Verhältnisse der Gläubiger weder an Richtigkeit, noch viel weniger an Klarheit etwas gewinnt.

[2]) S. darüber Dabelow S. 129 not. q. u. S. 715. — Mühlenbruch d. Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 2te Aufl. S. 238 not. 386. — Schweppe §. 59.

[3]) Diese Ansicht findet sich z. B. noch bei Hommel Rhaps. observ. 193, — und Leyser med. spec. 220. m. 6. in fin. u. sp. 173. med. 4.

[4]) c. 2. 4. C. 7. 71. (Qui bon. ced. etc.)

[5]) Dabelow S. 710. — Schweppe §. 59. not. 2.

ziehen kann.[6]) Am wenigsten Anstand hat es noch, die Idee eines durch den Concurs entstehenden allgemeinen Pfandrechts durchzuführen.[7]) Denn mit diesem Gesichtspunkte stimmt es vollkommen überein, daß den Gläubigern das Recht zusteht, die Güter des Schuldners zu veräußern, ohne doch Eigenthümer derselben zu seyn; daß ihnen der Schuldner verhaftet bleibt, in so weit sie aus der Masse nicht befriedigt werden; daß hingegen auch das, was zu ihrer Befriedigung nicht nothwendig ist, wieder an ihn zurückfällt; daß er die Masse vor dem Verkaufe wieder zurückziehen kann, wenn er sie auf andere Weise zufrieden stellt u. s. w. — Eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung dieses Gesichtspunktes findet sich aber gleichwohl wenigstens für den Fall nicht, wenn der Concurs in Folge einer cessio bonorum eröffnet wurde.[8]) — Eine moralische Person bildet aber die Gläubigerschaft nicht,[9]) und eben so wenig können die Creditoren als socii betrachtet wer-

---

[6]) Fr. 3. 5. D. 42. 3. (De cess. bon.) — c. 2. C. 7. 71. (Qui bon. ced. etc.) — Mühlenbruch a. a. O. S. 238, und Dessen Entwurf §. 605. — Schweppe (§. 59) schlägt vor, das Verhältniß unter den Gesichtspunkt der Assignation zu stellen, fügt aber selbst bei, daß die Gläubiger aufgedrungene Assignatare sind.

[7]) Heffter Instit. S. 568. nro. 8. a. E., besonders aber W. H. Puchta über den Concursproceß S. 17. not. n und S. 285 not. b.

[8]) Denn für den Fall der missio in possess. läßt sich in dieser Hinsicht Fr. 26. D. 13. 7 und Fr. 35. D. 42. 5. anführen. S. oben §. 9. — A. M. ist Schweppe §. 56.

[9]) Schweppe §. 55. A. M ist Kori System des Concursprocesses S. 48.

den,[10]) sondern ihr Verhältniß hat eher Aehnlichkeit mit einer communio.[11])

§. 30.

Fortsetzung.

Um die Sache näher zu bestimmen, müssen die activen und die passiven Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners unterschieden werden. — I. In Ansehung der activen gilt der Grundsatz: das ganze Vermögen des Schuldners, so weit dasselbe überhaupt zur Concursmasse gezogen werden kann (s. oben §. 25.), geht durch die Eröffnung des Concurses als gemeinschaftliches Executionsobject an die Gesammtheit der Gläubiger über.[1]) Diese werden also zwar nicht Eigenthümer der Masse; sie dürfen aber doch unter richterlicher Autorität alle Verfügungen damit treffen, welche nothwendig sind, um nach gesetzlicher Ordnung ihre Befriedigung daraus zu erlangen. Namentlich sind sie also befugt, die Güter des Schuldners zu veräußern,

---

[10]) Denn dazu würde eine vertragsmäßige Uebereinkunft gehören.

[11]) Vollkommen paßt indessen auch der Gesichtspunkt der communio nicht. Denn bei dieser gilt der Grundsatz, potiorem esse causam prohibentis (Fr. 28. D. 10. 3. [comm. div.]), während bei den Berathungen der Concursgläubiger in allgemeinen Angelegenheiten beinahe überall die Stimmenmehrheit entscheidet. — Kori a. a. O. not. 131, — Schweppe §. 55. — Bei der Wahl des curator bonor. ist es selbst gesetzlich anerkannt, daß die Stimmenmehrheit den Ausschlag geben soll. — Fr. 2. pr. D. 42. 7. (De cur. bon. dando.)

[1]) Vergl. Schweppe §. 59. — Martin §. 322 nro. 3 Mackeldey §. 772.

bis zur Veräußerung aber zu ihrem Besten administriren zu lassen. — Diese Befugnisse werden aber in der Regel nicht durch die Gläubiger persönlich, sondern durch einen von ihnen gewählten curator bonorum ausgeübt.[2]) — Hinsichtlich der passiven Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ist zu unterscheiden zwischen den dinglichen Lasten, welche auf seinem an die Gläubiger übergehenden Vermögen haften, — und persönlichen Verbindlichkeiten. — Die dinglichen Lasten bleiben bei der Masse, d. h. sie müssen auch durante crida aus den paraten Mitteln des Concursvermögens bestritten werden,[3]) und insofern nimmt man an, daß das Corps der Gläubiger während des Concursverfahrens den Gemeinschuldner repräsentirt. Die persönlichen Verbindlichkeiten des Cridars hingegen können begreiflicher Weise nicht auf die Creditorschaft übergehen, indem ja gerade die Gläubiger es sind, welche auf Erfüllung dieser Verbindlichkeiten dringen.[4]) Vielmehr ist hiebei zu unterscheiden: 1) Die Verbindlichkeit des Schuldners besteht in einer rein persönlichen Leistung, welche gar nicht durch den Besitz irgend eines Vermögens bedingt ist.[5]) In diesem Falle haftet die obligatio auch nach dem Ausbruche des Concurses noch fortwährend an der Person des Schuldners selbst. In

---

[2]) Martin a. a. O. — Das Nähere über den curator bonorum unten.

[3]) S. darüber Schweppe §. 41. u. 59. — Mackeldey §. 779. — Daß übrigens nach dem jetzigen Concursrechte die Hypotheken nicht dahin gehören, versteht sich von selbst.

[4]) Schweppe §. 59.

[5]) Z. B. im Widerrufe, oder in der Abbitte wegen einer zugefügten Injurie.

so fern also der Berechtigte die Leistung in natura erzwingen und nicht etwa das Interesse im pecuniären Anschlag verfolgen will, muß er sich lediglich an den Schuldner selbst halten. 2) Die obligatio des Schuldners ging auf die Herausgabe oder Zurückstellung einer bestimmten, gar nicht zu seinem Vermögen gehörigen Sache.[6]) Hier kann sich der Gläubiger an die Vindicanten anschließen, und die Sache, wenn sie noch in natura vorhanden ist, zurückfordern.[7]) 3) Die Verbindlichkeit des Schuldners bestand darin, aus seinem Vermögen etwas zu leisten. In diesem Falle muß sich der Creditor als Concursgläubiger melden und seine Forderung liquidiren, um aus der Masse befriediget zu werden.

§. 31.

Fortsetzung.

Hinsichtlich der bestrittenen Frage, ob ein von dem Gemeinschuldner eingegangenes und zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht beendigtes Pachtverhältniß fortdauert oder nicht, scheinen folgende Regeln den allge-

---

[6]) Z. B. in der Zurückgabe einer geliehenen, deponirten, als Faustpfand überlieferten Sache.

[7]) Nur dann, wenn die Sache in natura nicht mehr vorhanden ist, also auf die Leistung des Interesse aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geklagt werden muß, erscheinen auch diese Gläubiger als Concursgläubiger. Ist aber die Sache selbst noch vorhanden, so läßt sich dieses nicht behaupten, indem hier der Berechtigte seine Befriedigung nicht aus dem Vermögen des Schuldners verlangt. — Schweppe §. 44. Mackeldey §. 777 A. 1. not. bb.

meinen Rechtsgrundsätzen und der Natur des Concurses am meisten zu entsprechen: 1) Hatte der Schuldner eine eigene Sache verpachtet so können die Gläubiger den Pächter ohne Zweifel aushalten; nur fließt das durante crida verfallende, sowie das etwa rückständige Pachtgeld in die Masse. Denn der Anspruch auf das Pachtgeld gehörte zur Zeit der Concurseröffnung zu dem Vermögen des Schuldners, geht also mit diesem auf die Gläubiger über. Am Verkaufe des verpachteten Gutes sind jedoch die Gläubiger dadurch keineswegs verhindert,[1] und die Folge des Verkaufes kann allerdings seyn, daß nun der Pächter vor der Zeit abziehen muß. Für diesen Fall soll derselbe vor-

---

[1]) Denn auch der Schuldner selbst hätte verkaufen können; da in der Regel unter den Concursgläubigern auch Pfandgläubiger sich befinden, so hat die Sache noch weniger ein Bedenken. — Dabelow S. 279 u. 280. Mühlenbruch Entw. §. 606. — Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 348. III. unten u. 349. — Vergl. Schweppe §. 62. Das Fr. 8. §. 1. D. 42. 5. (De reb. auct judic.) entzieht den Gläubigern das Recht, die verpachtete Sache zu verkaufen, keineswegs. Dabelow S. 280. — Schweppe §. 62. — Schmid Hdb. a. a. O. III. S. 220. not. 84, wo als abweichend genannt ist: Bencard über das Verhältniß des Pächters zu den Gläub. u. s. w. 1813. — Nicht genügend scheint die Erklärung dieser Stelle von Gensler a. a. O. — Die von Mühlenbruch (Cession der Ford. S. 239 not. 392) empfohlene Schrift von Karsten über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern Hamb. 1809 konnte ich leider nicht erhalten. — Vergl. noch Dr. Liebe im jur. Mag. v. J. Scholz III. u. Gans. Braunschw. 1837. II. Bd. S. 129 flg. — Schenk in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. XIII. S. 99 flg.

sichtshalber seinen Entschädigungsanspruch als Concursgläubiger anmelden. 2) Hatte der Schuldner umgekehrt eine fremde Sache gepachtet, so können die Gläubiger wieder den noch nicht beendigten Contract fortsetzen,[2]) wenn sie nur durante crida[3]) das Pachtgeld dem Verpächter aus der Concursmasse bezahlen lassen, indem das Recht des Genusses der Früchte nach der Analogie des Nießbrauches doch wohl auch zu dem Vermögen des Schuldners, also zur Masse gerechnet werden darf.[4]) Verpflichtet sind sie aber nicht, den Pacht auszuhalten, sondern sie können auch abstehen, und in diesem Falle muß der Verpächter seine Entschädigungsforderung im Concurse liquidiren.[5])

§. 32.

Fortsetzung.

Hinsichtlich eines von dem Cridar eingegangenen, aber noch nicht von beiden Seiten erfüllten[1]) Kaufcontractes sind folgende Fälle zu unterscheiden: I. Der

---

[2]) Schweppe §. 62. — A. M. G. L. Boehmer De jure circa cond. orto conc. in elect. jur. civ. T. I. Exerc. II. §. 6—8. — Dagegen aber Dabelow S. 712.

[3]) Denn was der Schuldner selbst vor dem Ausbruche des Concurses im Rückstande gelassen hat, muß der Verpächter im Concurse liquidiren.

[4]) Kori System des Conc. §. 52.

[5]) Mühlenbruch Entw. §. 606.

[1]) Denn wenn der Contract von beiden Seiten schon vollständig erfüllt ist, so behält es dabei sein Bewenden, es müßte denn ein besonderer Resciſſionsgrund vorhanden, z. B. die Pauliana actio anwendbar seyn. S. Fr. 8. §. 1. D 42. 5. (De reb. auct. jud.)

Cridar war Käufer. – Hatte er in diesem Falle 1) den Kaufpreis schon bezahlt, aber die Sache noch nicht tradirt erhalten, so bleibt der Creditorschaft nichts anderes übrig, als durch den Massecurator die actio emti gegen den Verkäufer anstellen zu lassen. Denn bloß deßhalb[2]), weil vor erfolgter Tradition der Concurs ausgebrochen war, kann der Kauf nicht angefochten und das Kaufgeld zurückgefordert werden.[3]) Die actio emti kann aber ohne Zweifel angestellt werden; denn sie gehört zu den Activen der Masse. 2) Hatte der Gemeinschuldner die Sache bereits tradirt erhalten, aber das pretium noch nicht bezahlt, so muß der Verkäufer als Concursgläubiger auftreten, und seine Kaufgeldforderung liquidiren.[4]) War endlich 3) vor dem Ausbruche der Gant weder das Kaufgeld bezahlt, noch die res emta tradirt worden, so kann zwar der Massecurator das pretium offeriren und ex emto auf Tradition klagen; — denn die actio emti ist ein Bestandtheil der Masse; — wenn es aber nicht geschieht, so muß der Verkäufer gleichwohl mit der actio venditi als Concursgläubiger auftreten, um seine Ansprüche

---

[2]) Aus andern Gründen wäre freilich eine Anfechtung möglich, z. B. wegen einer laesio enormis.

[3]) Denn der Verkauf gehört nicht zu denjenigen Contracten, welche schon durch den Ausbruch des Concurses allein aufgelöst werden. S. unten not 9.

[4]) Ausgenommen, die Sache wäre noch in natura vorhanden, und das Eigenthum derselben wäre noch nicht auf den Schuldner übergegangen, weil z. B. nicht auf Credit gehandelt worden war. Denn in diesem Falle kann der Verkäufer als Vindicant seine Sache zurückfordern. — Mackeldey §. 777. A. 2.

geltend zu machen.[5]) — II. Der Cridar war Verkäufer. — Auch hier ist auf gleiche Weise zu unterscheiden. Hatte 1) der Schuldner bereits tradirt, aber den Preis nicht empfangen, so kann der Massecurator mit der actio venditi auf Zahlung dringen.[6]) 2) War umgekehrt von dem Käufer bereits Zahlung geleistet, aber von dem Gemeinschuldner noch nicht tradirt worden, so muß der Käufer als Concursgläubiger mit der actio emti sein Interesse verfolgen[7]) 3) War vor der Eröffnung des Concurses weder Zahlung noch Tradition erfolgt, so kann zwar der Massecurator die Tradition offeriren und das pretium fordern; wenn es aber nicht geschieht, so muß wieder der Käufer als Concursgläubiger mit der actio emti seine Rechte verfolgen.[8]) Auf ähnliche Art sind auch andere Contractsverhältnisse zu beurtheilen. Nur wenige erlöschen mit dem Ausbruche des Concurses gänzlich, namentlich die societas bonorum, das Compromiß, und fiscalische Pachtverhältnisse.[9])

---

[5]) Schweppe §. 62.

[6]) Wenn nicht etwa in fraudem creditorum gehandelt ward. Denn in diesem Falle kann die verkaufte Sache mit der Pauliana actio reclamirt werden

[7]) Ziehen es aber die Gläubiger vor, die Sache selbst abzuliefern, so muß sich der Käufer dieses gefallen lassen.

[8]) Schweppe a. a. O. — Schmid Hdb. III. S. 218. a)

[9]) Fr. 65. §. 1. D. 17. 2. (Pro socio.) — Fr. 17. pr. D. 4. 8. (De recept.) — c. 2. C. 11. 65. (De fund. rei privat.) Schweppe §. 34. — Gensler im Arch. II. S. 350 oben. Von selbst versteht es sich jedoch, daß die bereits vor dem Ausbruche der Gant aus solchen Verhältnissen entstandenen Schulden und Forderungen nicht erlöschen.

§. 33.

III. In Bezug auf die Schuldner des Cridars.

Auch für die Schuldner des Cridars ist die Concurseröffnung kein gleichgültiges Ereigniß. Denn, 1) sobald einmal das Decretum de aperiundo concursu öffentlich bekannt gemacht, oder erweislich auf anderem Wege zu ihrer Kenntniß gebracht worden ist, können sie sich durch Zahlung an den Cridar nicht mehr liberiren, sondern nur durch Zahlung an den curator bonorum.[1] 2) Die Zulässigkeit der Compensation hängt gleichfalls von dem Zeitpunkt ab, in dem die Gegenforderung erworben wurde. Hatte nämlich ein Schuldner des Cridars eine Forderung gegen ihn schon erworben, ehe noch der Concurs eröffnet ward, so braucht er diese Forderung insofern dieselbe den Betrag seiner Schuld nicht überschreitet, im Concurse nicht anzumelden. Denn klagt auch der Curator gegen ihn nicht, so ist die Sache ohnehin abgethan. Sollte er aber wegen seiner früheren Schuld an den Cridar von dem Curator belangt werden, so kann er sich in diesem Falle mit der Einrede der Compensation schützen, weil diese Einrede in der Art zurückwirkt, als wenn sich Forderung und Gegenforderung

---

[1]) Arg. Fr. 12. §. 2. Fr. 34 §. 3. Fr. 51. D. 46. 3. (De solut.) — Fr. 17. D. 2. 15. (De transact.) — Schweppe §. 31. not. 3. Ein gültiger Nachlaß von Seite des Cridars findet aber nur so lange statt, als diesem die Disposition über sein Vermögen nicht entzogen oder untersagt ist; und hier kommt dem Schuldner des Cridars der Umstand nicht zu statten, daß er (der Schuldner) zur Zeit des bewilligten Nachlasses von jener Entziehung noch keine Kenntniß hatte.

schon in dem Momente ihrer ersten Begegnung einander aufgehoben oder gemindert hätten, dieser Zeitpunkt aber in dem hier vorausgesetzten Falle schon vor dem Ausbruche des Concurses eingetreten war.[2]) Ist hingegen

---

[2]) Die hier aufgestellte Ansicht beruht auf der von Puchta gegebenen Erklärung des „ipso jure Wirkens" der Compensation. — G. F. Puchta Pand. 3te Aufl. §. 290. S. 414. — Desselben Vorles. über das heut. Röm. Recht herausgeg. von Rudorff (Leipzig 1847) IV. Lieferung S. 138. — Bestritten wird diese Theorie von Dr. Alois Brinz in den Blättern für Rechtsanwendung. Jahrg. 1850. Nro. 6. S. 81 ff. (Vergl. Desselben Lehre von der Compens. Leipzig 1849.) — Allein, wenn auch zugegeben werden muß, daß das „ipso jure Wirken" der Compensation nicht so verstanden werden darf, als ob sich die gegenseitige Aufhebung der Forderung auch ohne alle Willens-Erklärung eines Betheiligten von selbst machte, so ist doch für den Fall, wenn eine solche Erklärung erfolgt, die zurückwirkende Kraft derselben zu klar ausgesprochen Fr. 11. D. (16. 2.) c. 4. C. (4. 31.), als daß sich das Gegentheil mit überzeugender Kraft behaupten ließe. — Daß aber die Einrede der Compensation selbst nach einmal eröffnetem Concurse nicht mehr zuläßig sey, weil durch dieses Ereigniß die beiden Forderungen in einer Weise afficirt worden seyen, welche sie zum Compensiren untauglich macht, scheint mir deßhalb nicht richtig zu seyn, weil in Folge der zurückwirkenden Kraft der Einrede nicht die gegenwärtige Beschaffenheit der Forderungen in Betracht kommt, sondern die Beschaffenheit derselben zur Zeit ihrer ersten Begegnung. — Insofern kann ich auch der von dem Herausgeber der Blätter f. Rechtsanw. a. a. O. S. 99. vertheidigten Ansicht nicht beitreten. — Nur dann, wenn das Geschäft, in Folge dessen der Schuldner des Cridars die Gegenforderung erworben hatte, nach den Grundsätzen der Pauliana actio angefochten und rescindirt

die Forderung erst entstanden oder erworben worden, nachdem bereits der Concurs eröffnet war, so kommt es darauf an, wer in Bezug auf diese Forderung als Debitor erscheint, ob der Cridar, oder die Concursmasse selbst. In dem zweiten Falle kann sich der Schuldner, wenn er wegen der Zahlung seiner Schuld von dem Curator in Anspruch genommen werden sollte, ebenfalls auf Compensation berufen.[3]) — In dem ersten Falle dagegen ist zu unterscheiden, ob die erworbene Forderung im Liquidationstermin gehörig angemeldet wurde, oder nicht. In beiden Fällen muß zwar der Schuldner des Cridars an den Curator Zahlung leisten. Jedoch tritt der Unterschied dabei ein, daß er in dem ersten Falle vielleicht aus der Concursmasse noch eine Befriedigung erhält, während er sich in dem zweiten Falle mit seiner Forderung lediglich an den Cridar allein halten muß.[4])

---

werden könnte, würde auch die Berufung auf die Compensation ihren Zweck verfehlen. — Uebrigens versteht sich auch von selbst, daß die Gegenforderung noch vor dem Liquidationstermine fällig geworden seyn muß. Denn sonst schützt ihn die Compensation gegen die Klage des Curators nicht. Er muß an die Masse zahlen, und seine Forderung gleichwohl im Concurse liquidiren

[3]) Denn als Gläubiger der Masse muß er jedenfalls befriedigt werden. Die Masse wurde also durch die Nichtzulassung der Compensation nichts gewinnen können.

[4]) Aus dem Concursvermögen kann er nämlich in diesem Falle keine Befriedigung mehr hoffen, weil er eben durch die vorausgesetzte Nichtanmeldung seiner Forderung im Liquidationstermine von der Masse ausgeschlossen ist. Er muß also gleichwohl zuwarten, bis etwa der Cridar wieder ad meliorem fortunam kommt. — Die Compensation kann

§. 34.

IV. In Bezug auf den Gerichtsstand.

Hinsichtlich des Gerichtsstandes ist zu unterscheiden zwischen solchen Streitsachen, in welchen der Gemeinschuldner als **Kläger**, und solchen, in welchen er als **Beklagter** erscheint. Bei Streitsachen der ersten Art bringt die Eröffnung des Concurses in Bezug auf den Gerichtsstand gar keine Veränderung hervor, d. h. es

---

übrigens nicht bloß in Bezug auf die Schuldner des Cridars, sondern auch in Bezug auf die Gläubiger desselben zur Sprache kommen. In diesem Falle gelten nun, analog den im §. aufgestellten, folgende Grundsätze: 1) Ist Jemand, welcher anfänglich nur Gläubiger war, späterhin, und zwar noch vor der Eröffnung des Concurses, auch Schuldner seines Schuldners geworden, so braucht er seine Forderung im Concurse nicht anzumelden, und wenn er von dem curator auf Bezahlung seiner Schuld belangt werden sollte, so kann er ihm die Compensation entgegensetzen, vorausgesetzt, daß seine Forderung schon vor dem Liquidationstermine fällig war. 2) Ist ein Gläubiger erst nach eröffnetem Concurse Schuldner geworden, und zwar a) Schuldner der Masse, z. B. durch Ersteigerung einer dahin gehörigen Sache, so muß er sein debitum sofort entrichten, und hinsichtlich der Befriedigung seines Anspruches gleichwohl den Ausgang des Concurses abwarten. b) Wurde er aber jetzt erst persönlicher Schuldner des Cridars, z. B. durch ihm vertragsmäßig zugesicherte Alimente, so wird ohnehin der Curator nur selten gegen den Promittenten klagen können. Sollte aber auch dieses der Fall seyn, z. B. weil der neue Erwerb zur Masse gezogen werden dürfte, so könnte sich der Schuldner ebenfalls nicht mit der Compensation schützen. — Vergl. über die Compens. im Concurse: **Dabelow** S. 685. — **Kori** §. 70. Seite 123 flg. — **Schweppe** §. 52. §. 61. — Dr. Al. **Brinz** s. oben §. 2.

werden nicht nur die schon vor dem Concurse bei einem bestimmten Gerichte anhängig gewordenen Processe bei diesem Gerichte fortgesetzt und vollendet, sondern auch früher noch nicht erhobene Klagen hat der curator bonorum bei demjenigen Forum anzustellen, bei welchem sie der Gemeinschuldner selbst hätte anbringen müssen, wenn kein Concurs entstanden wäre. — In solchen Fällen dagegen, wo der Cridar die Stelle des Beklagten einnimmt, kommt es darauf an, ob der Proceß schon vor dem Ausbruche der Gant anhängig geworden ist oder nicht. — In dem letzten Falle müssen in der Regel alle Klagen bei dem Concursgerichte angebracht werden, gesetzt auch, daß für sie nebenher ein forum speciale begründet wäre.[1]) Nur dingliche Klagen,[2]) und solche welche vor ein ausschließend competentes forum privilegiatum ratione causae gehören,[3]) oder welche gar nicht auf eine pecuniäre Leistung, sondern bloß auf ein persönliches Handeln des Gemeinschuldners gerichtet sind,[4]) machen von dieser Regel eine Ausnahme. — Ist hingegen der Streit schon vor der Eröffnung des Concurses bei einem andern Gerichte pendent geworden, so zieht

---

[1]) Schweppe §. 93. nro. 2.

[2]) Denn wer ein dingliches Recht als Vindicant verfolgt, ist nicht Concursgläubiger, und hat eigentlich den curator bonorum zum Gegner. — Daß übrigens die hypothecaria actio, obwohl sie auch eine actio in rem ist, nicht mehr bei dem forum rei sitae angestellt werden kann, sobald einmal der Concurs eröffnet ist, versteht sich von selbst, weil sich nach dem heutigen Rechte auch die Pfandgläubiger auf den Concurs einlassen müssen.

[3]) Dabelow S. 742. — Schweppe §. 93. nro. 2.

[4]) Denn in diesem Falle ist der Kläger wieder nicht Concursgläubiger.

das Concursgericht dergleichen Processe keineswegs an sich, so daß etwa die Acten zur ferneren Verhandlung an das Concursgericht abgegeben werden müßten (vis attractiva concursus), sondern der Streit wird da fortgesetzt und vollendet, wo er begonnen hatte. — Von den Gründen, welche man für das Gegentheil angeführt hat, ist nur Einer [5]) beachtungswerth, nämlich der, daß das Concursgericht eine vollständige Kenntniß und Uebersicht aller Forderungen erhalten müsse, weil es sonst außer Stand gesetzt wäre, jeder einzelnen Forderung den gebührenden Platz im Classificationsurtheile und im Distributionsbescheide anzuweisen, was doch bei der Universalität des heutigen Concurses schlechterdings nothwendig sey. Allein aus diesem Grunde folgt nicht mehr, als daß 1) jeder Gläubiger, welcher bereits bei einem andern Gerichte geklagt hatte, auch bei dem Concursgerichte im Liquidationstermine erscheinen, seine Forderung gehörig anmelden, und, seiner Zeit, durch die Production des für ihn ergangenen Urtheils liquidiren, 2) über die Priorität seines Anspruches bei dem Concursgericht verhandeln, und 3) dortselbst auch seine Befriedigung aus der Masse suchen muß. Keineswegs folgt aber auch daraus, daß die Streitacten von dem judex litis pendentis an das Concursgericht abgegeben werden müssen. [6]) — Das Concurs-

---

[5]) Ueber andere minder bedeutende Gründe s. Dabelow S. 720 bis 746.

[6]) Daß übrigens nach dem Ausbruche des Concurses auch bei den anderswo anhängigen Processen der Contradictor an die Stelle des Gemeinschuldners tritt, ist eben so wenig zu bezweifeln, als daß auch den übrigen Creditoren die Befugniß zusteht, in solchen Processen zu interveniren.

gericht ist übrigens immer das ordentliche persönliche Forum des Gemeinschuldners, weil dasselbe für Klagen aller Art competent seyn soll, eine so ausgedehnte Competenz aber keinem andern Forum zusteht.[7])

§. 35.

V. In Bezug auf das Verfahren.

Die Thätigkeit des Concursgerichts beschränkt sich nicht blos auf die Instruction und Entscheidung eigentlicher Rechtsstreitigkeiten, sondern erstrekt sich auch auf eine zweckmäßige Leitung der die Concursmasse betreffenden Angelegenheiten.[1]) In dieser letzten Beziehung erscheint sie gar nicht als eigentlich richterliche Thätigkeit, sondern als die Ausübung einer Art obervormundschaftlicher Fürsorge,[2]) und eben deßwegen ist in dieser Hinsicht[3]) das Gericht keineswegs an die Verhandlungsmaxime gebunden. — Das Verfahren bei solchen nicht streitigen Verhandlungen richtet sich nach den Regeln der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit.[4]) — In Ansehung der eigentlichen Rechtsstreitigkeiten selbst, welche im Concurse vorkommen, ist zu unterscheiden zwischen

---

[7]) Dabelow S. 716. flg. — Schweppe §. 92.

[1]) W. H. Puchta §. 32. — Martin §. 324. nro. II.

[2]) Schweppe §. 111.

[3]) Denn im Gebiete der eigentlichen Rechtsstreitigkeiten, z. B. über die Liquidität und Priorität der Forderungen herrscht allerdings das Verhandlungsprincip. — Nur ist das Gericht verbunden, für die Beschleunigung dieser Processe geeignete Sorge zu tragen. — Claproth Einl. in d. summ. Proc. 343.

[4]) Z. B. bei der Errichtung des Inventars, bei etwa nöthigen Obsignationen u. dgl.

den Activ- und Passivprocessen der Masse, und den Streitigkeiten der Concursgläubiger mit dem Contradictor oder unter sich selbst. Auf die Verfahrungsart bei Processen der Masse äußert die Eröffnung des Concurses keinen Einfluß, sie mögen schon anhängig geworden seyn oder nicht.[5]) In Bezug auf die Klagen der einzelnen Concursgläubiger hingegen hat der Universalconcurs die eigenthümliche Wirkung, daß für diese Klagen nun keine bestimmt summarische Proceßart mehr zulässig ist, welche nur ein provisorisches Resultat herbeiführen könnte, weil im Concurse das ganze Schuldenwesen definitiv regulirt und beendigt werden soll.[6])

§. 36.

Abwendung des Concurses.

Der Concurs kann abgewandt werden I. durch ein von dem Schuldner erwirktes Moratorium, d. h.

---

[5]) Wenn z. B. eine Activforderung der Masse zur gerichtlichen Verfolgung im Executivprocesse geeignet erscheint, so ist der curator bonorum durch die geschehene Eröffnung des Concurses nicht verhindert, diese Proceßart anzuwenden.

[6]) Ein Concursgläubiger kann z. B. nicht mehr mit einer Executivklage gegen den Contradictor auftreten. Martin §. 322. not. p. — v. Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 82. §. 15. Ueber die Zulässigkeit des Wechselprocesses s. Langenn und Kori Erört. pract. Rechtsfr. I. Abh. VIII. — Ueber Wechselarrest, Erört. der Frage: Kann der Wechselgl., welcher sich in den Concurs einläßt u. s. w. Nürnberg (bei Riegel u. Wießner, 1835). Die zweckmäßigste Anordnung und Behandlung der Concursacten ist anschaulich gemacht in den von Gustav Ad. Martin herausgegebenen, vollständigen separ. Concursacten. Jena. 1827. 4.

durch ein landesherrliches Rescript, kraft dessen der Schuldner für einen bestimmten Zeitraum gegen die Verfolgung der Ansprüche von Seite seiner Gläubiger geschützt wird.[1]) — Das Institut der Moratorien stammt schon aus dem Römischen Recht,[2]) welches jedoch keine näheren Vorschriften weder über die Bedingungen, noch über die Wirkungen solcher Gnadenrescripte enthält, außer daß solche Rescripte nur gelten sollten praestita fidejussione idonea super debiti solutione.[3]) In Teutschland ist die Ertheilung von Moratorien schon frühzeitig üblich geworden, und die Reichspolizeiordnungen machen ausdrücklich Meldung davon.[4]) Genauere gesetzliche Bestimmungen kommen aber auch hier nicht vor. Nur ist verordnet, daß Moratorien

---

[1]) Dabelow S. 151 flg. u. S. 500 flg. — Schweppe §. 13. bis §. 17. — Puchta §. 102 bis 109.

[2]) c. 4. C. 1. 19. (De precib. imperat. etc.) von Gratian, Valentinian u. Theodosius. — Vergl. c. 6. Th. C. 1. 2. (De divers. rescript.) Aus dieser Verord. ergibt sich, daß die Ertheilung solcher Gnadenbriefe schon vor den genannten Kaisern in Uebung war. Ob sich c. 2. C. eod. von Constantin darauf bezieht, ist zweifelhaft. Vergl. J. Go hofredi comment. ad c. 3. Th. C. 1. 2. und Dabelow S. 151. Allein die Glosse bezog sich darauf, und von der in dieser Constitution vorkommenden „moratoria praescriptio“ rührt ohne Zweifel die Benennung „moratorium“ her. — Ein allgemeines Moratorium für Italien und Sicilien hat Justinian erlassen. S. darüber die Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. V. S. 352 flg.

[3]) c. 4. C. cit. — In der c. 6 Th. C. steht davon noch nichts. Dieß läßt auf einen Mißbrauch der Moratorien in der späteren Zeit schließen.

[4]) R. P. O. von 1548. XXII. 2. u. R. P. O. von 1577. XXIII. 4.

künftighin nicht anders, als auf gutachtlichen Antrag der competenten Obrigkeit, oder auf beigebrachte Bescheinigung eines ohne eigene Schuld eingetretenen Vermögensverfalles ertheilt, außerdem aber ungültig und kraftlos seyn sollen. — In neuern Zeiten ist die ganze Einrichtung als unverträglich mit den Grundsätzen der Justizpflege vielfach angefochten,[5]) in einigen teutschen Ländern auch wirklich aufgehoben worden.[6]) Da, wo sie noch besteht, pflegt man Moratorien nur dann zu ertheilen, wenn unter den obwaltenden Umständen mit Wahrscheinlichkeit zu hoffen ist, daß der Schuldner durch eine ihm gewährte Nachsicht dem sonst unvermeidlichen Ruine entgehen werde, ohne daß dabei die Gläubiger — abgesehen von dem Aufschube ihrer Befriedigung — in eine schlechtere Lage gerathen.[7]) Gewöhnlich werden auch vor der Ertheilung des Indults die Obrigkeit und die Gläubiger darüber vernommen.[8]) — Die ohnehin undeutliche Vorschrift, des Röm. Rechts über die zu leistende Caution wird nicht mehr beachtet.[9])

---

[5]) Mittermaier im Arch. für civil. Prax. Bd. XVI. Hft. 3. S. 450 flg.

[6]) Z. B. in Oesterreich, in Kurhessen, im Königreiche Sachsen, in Baden.

[7]) Schweppe §. 13.

[8]) Puchta S. 223. nro. 4.

[9]) Dabelow S. 501. nro. 1. — Vergl. Schweppe §. 16. — Puchta S. 224. nro. 5. Auch die Rücksicht auf die Würdigkeit des Schuldners halten Einige nicht allgemein für wesentlich, weil die R. P. O. nur von „verdorbenen Kaufleuten" spricht. Puchta §. 104. Allein bei einem durch eigene Schuld und Verschwendung herabgekommenen Schuldner, er mag nun Kaufmann seyn oder nicht, wird sich kaum die Hoffnung begründen lassen, ohne welche überhaupt kein Moratorium mehr ertheilt zu werden pflegt.

— Die näheren Modificationen, insbesondere die Festsetzung der Dauer der Frist hängen von dem Ermessen des Regenten ab. Gewöhnlich wurden sonst die Moratorien auf fünf Jahre ertheilt;[10]) daher auch die Benennung: Litterae quinquennales, Quinquenellen.[11]) Die Wirkungen richten sich zunächst nach dem jedesmaligen Inhalte des Rescripts. Auf jeden Fall aber unterbricht oder verhindert dasselbe die mora soluendi mit den damit zusammenhängenden Folgen,[12]) und so lange die Frist im Laufe ist, ruht die Verjährung gegen die Gläubiger. — Gegen einige Ansprüche läßt man jedoch das Moratorium gar nicht gelten.[13])

§. 37.

Fortsetzung.

Außerdem kann II. der drohende Concurs abgewandt werden durch eine von den Gläubigern selbst bewilligte Stundung (pactum moratorium). — Sind alle Gläubiger damit einverstanden, so hat die Sache ohnehin keinen Anstand. Im Falle eines Dissenses entscheidet aber nach Justinians Vorschrift[1]) die Majorität.

---

[10]) Die Beibehaltung dieser Frist ist ohne Zweifel durch die c. 8. C. 7. 71. (qui bonis ced. possunt) auch bei landesherrlichen Moratorien veranlaßt worden.

[11]) Außerdem kommen auch dafür die Benennungen „litterae respirationis, eiserne Briefe" vor.

[12]) Z. B. die Verzugszinsen stehen während der Befristung still. — Vertragsmäßige Zinsen laufen aber allerdings fort. — Schweppe §. 14.

[13]) Siehe darüber Dabbelow S. 501 flg. verglichen mit Schweppe §. 15.

[1]) c. 8. C. 7. 71. (Qui bon. ced. poss.) Nach dem Eingange

Dabei soll jedoch nicht auf die Anzahl der Stimmen, sondern auf die Summe der Forderungen Rücksicht genommen werden, so daß möglicher Weise ein einziger Gläubiger gegen alle übrigen die Majorität machen kann, wenn nämlich seine Forderung mehr beträgt, als die aller übrigen zusammengenommen. Nur dann, wenn die Summen auf beiden Seiten gleich groß sind, soll die Stimmen-Mehrheit den Ausschlag geben, und im Falle einer Gleichheit (auch in dieser Beziehung) will Justinian die für den Schuldner günstigere Meinung, also die für die Stundung vorgezogen wissen. — Die Verordnung Justinians setzt übrigens freilich nur eine Wahl der Gläubiger zwischen der cessio bonorum und einer Fristbewilligung voraus. Indessen hat es doch wohl kein Bedenken, dieselbe auch dann für anwendbar zu halten, wenn der Schuldner durch das Stundungsgesuch der Concurseröffnung durch richterliches Urtheil zu entgehen sucht. Denn der Grund, warum Justinian bei dieser Gelegenheit nur von der cessio bonorum und nicht auch von dem Falle der missio spricht, liegt höchst wahrscheinlich darin, weil zu seiner Zeit die missio gewöhnlich nur dann vorkam, wenn der Schuldner abwesend war, [2]) in diesem Fall aber ohnehin kein An-

---

dieser Constitution scheint es, daß sich die Schuldner an den Kaiser zu wenden pflegten, mit der Bitte, den Gläubigern nur die Wahl zu lassen zwischen der cessio bonorum (ohne nachtheilige Folgen für den Ruf und ohne Gefahr körperlicher Mißhandlung), und zwischen der Bewilligung fünfjähriger Nachsicht. Vielleicht ließe sich daher nicht ohne Grund behaupten, daß die darin enthaltenen Vorschriften nur dann anwendbar seyen, wenn die Fristenverhandlung durch ein landesherrliches Rescript anbefohlen wurde.

[2]) Vergl. c. 10. C. 7. 72. (De bon. auct. jud. etc.), wo

trag auf Stundung gestellt wurde. — Mit Recht hält man jedoch die Minorität nur dann für schuldig, sich die von der Majorität beschlossene Stundung gefallen zu lassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gewiß ist.[3]) Denn da die ganze Vorschrift mit den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen so sehr im Widerspruche steht, so ist eine extensive Anwendung derselben gewiß nicht zu billigen. Aus demselben Grunde läßt man auch eine durch die Majorität erzwungene Stundung nicht mehr gelten, wenn einmal der Concurs schon wirklich eröffnet ist[4]), und die Gestattung einer längeren als fünfjährigen Nachsicht scheint ebenfalls durch die Mehrheit nicht erzwungen werden zu können, weil in der Verordnung nur von einem quinquennale spatium die Rede ist.[5]) Uebrigens haben die Chirographargläubiger mit den Pfandgläubigern gleiches Stimmrecht.[6])

§. 38.

Fortsetzung.

Endlich III. kann die Abwendung des Concurses auch dadurch bewirkt werden, daß die Gläubiger dem

---

von der missio gehandelt und dabei ein debitor vorausgesetzt wird, qui se celavit. — Hdb. von Bethmann-Hollweg Abth. I. S. 340. not. 11. — Schweppe §. 13. S. 31.

[3]) Mackeldey § 765. nro. 1. a. E. — Schweppe a. a. O.

[4]) Spangenberg in der Zeitsch. für Civilr. u. Proc. von Linde u. Marezoll Bd. IV. S. 235 flg.

[5]) Schweppe a. a. O.

[6]) c. 8. C. cit. in fin. Ueber das Benehmen des Richters bei der Verhandlung solcher Conventionalmoratorien findet man treffliche praktische Bemerkungen und Winke bei W. H. Puchta §. 109 bis 113.

Schuldner einen Nachlaß bewilligen. Kommt in dieser Hinsicht eine vollkommene Uebereinstimmung aller Gläubiger zu Stande, so ist die Sache keiner Schwierigkeit unterworfen. Widrigenfalls aber bindet der Nachlaß nur diejenigen Gläubiger, welche ihn wirklich bewilligt haben, und auch diese nur insofern, als sie die Bewilligung unbedingt, d. h. ohne die Wirksamkeit derselben von gleichmäßiger Nachsicht der Mitgläubiger abhängig zu machen, ertheilt hatten. — Nur in einem Falle findet gesetzlich eine Ausnahme statt. Wenn nämlich die Gläubiger einer verschuldeten Erbschaft auf Zahlung andringen, und der Erbe — noch unschlüssig, ob er antreten soll oder nicht — ihnen ein Arrangement vorschlägt, die Gläubiger aber über den Nachlaß sich nicht vereinigen können, so soll die Sache dem Richter vorgelegt, und von diesem causa cognita mit Rücksicht auf die Majorität entschieden werden. Ist demnach die Mehrheit der Gläubiger für den Nachlaß, so muß sich in Folge des darnach ergangenen richterlichen Ausspruches auch die dissentirende Minorität denselben gefallen lassen.[1] — Die Majorität wird aber auch hier nicht nach der Kopfzahl, sondern nach dem Betrage der Forderungen[2] bestimmt, und nur dann, wenn die Forderungssumme auf beiden Seiten gleich groß ist, gibt die Kopfzahl den Ausschlag. Sollte aber auch diese gleichstehen, so läßt das Röm. Recht die Rücksicht auf die major dignitas personarum entscheiden, was übrigens

---

[1]) Fr. 7. §. 17 u. 19. D. 2. 14. — Fr. 23. D. 42. 8. — Fr. 58. §. 1. D. 17. 1.

[2]) Die Zinsen werden auch eingerechnet. Fr. 9. §. 2. D. 2. 14. Nähere Bestimmungen über die Berechnung dieser Majorität enthält dasselbe Fr. 9. pr u. §. 1.

jetzt wohl nicht mehr praktisch ist. — Bei durchgängiger Gleichheit hat die humanior sententia, also die für den Nachlaß den Vorzug.[3]) — Die Pfandgläubiger sind übrigens gar nicht schuldig, sich auf eine solche Nachlaßverhandlung einzulassen, und werden auch durch den Beschluß der chirographarii nicht verpflichtet.[4]) Ein bloßes privilegium exigendi gewährt aber diese Befreiung nicht.[5]) — Die Wirkung eines solchen in gehöriger Form zu Stande gekommenen Nachlasses besteht darin, daß die Forderungen der einzelnen Gläubiger auf das accordmäßige Quantum reducirt werden,[6]) und zwar nicht etwa bloß für jetzt, sondern für immer, d. h. der durch den Nachlaß gebundene Gläubiger (er möge nun durch eigenen Consens oder durch den Beschluß der Majorität[7]) gebunden seyn) kann selbst dann den nachgelassenen Betrag seiner Forderung nicht mehr

---

[3]) Fr. 8. D. 2. 14.

[4]) Fr. 10. pr. D. 2. 14. „Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt."

[5]) Fr. 10. pr. D. cit. „privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere." Da Ulpian in dieser Stelle absichtlich und umständlich von der Sache spricht, während in dem widersprechenden Fr. 58. §. 1. D. 17. 1. von Paulus nur beiläufig davon die Rede ist, so ist gewiß Fr. 10. vorzuziehen. — Es ist übrigens auch auf verschiedene Art schon versucht worden, den Widerspruch gänzlich zu beseitigen. Vergl. die Glosse zu Fr. 58. cit. und Heffter im Arch. für civ. Prax. Bd. X. S. 354

[6]) Arg. Fr. 7. §. 10. D. 2. 14.

[7]) Denn wer durch den Beschluß der Majorität gebunden ist, muß sich deßhalb ebenso behandeln lassen, als wenn er selbst consentirt hätte. Schweppe §. 22.

in Anspruch nehmen, wenn auch wirklich die Kräfte der Erbschaft späterhin zunehmen sollten. — Der Nachlaß kommt übrigens auch den Bürgen zu statten, wenn der Gläubiger, zu dessen Sicherstellung der Bürge gegeben war, selbst consentirte; außerdem aber nicht.[8])

§. 39.

Fortsetzung.

Da die Vorschrift des Röm. Rechts über den erzwungenen Nachlaß bei noch nicht angetretenen, verschuldeten Erbschaften auf dem ganz singulären Grunde beruhte, „ut fama defuncti conservetur," und da diese Bestimmung überhaupt mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch steht, so läßt sich eine Ausdehnug derselben auf Fälle anderer Art theoretisch nicht rechtfertigen.[2]) — Gleichwohl hat sich die Praxis in Teutsch-

---

[8]) Hiebei ist es gleichgültig, ob der Gläubiger bei der Verhandlung ausdrücklich dissentirte, oder ob er nur nicht zugegen war. In beiden Fällen kann er von dem Bürgen das Ganze fordern, obgleich dieser gegen den Erben nur auf die accordirten Procente Anspruch machen kann. Fr. 58. §. 1. D. 17. 1. Ueber die Auslegung dieser Stelle siehe Heffter a. a O. S. 352 und Schweppe §. 22. a. E. not. 1.

[1]) Fr 23. D. 42. 8. — Vergl. Gaj. II. §. 154. sq

[2]) Von den neueren Rechtslehrern wird Dieses auch in der Regel angenommen. Martin §. 325. a. E. — Linde §. 439. — Mackeldey §. 765 nro. 4. — Schweppe §. 19. — Puchta §. 211. — Heffter (im Archive für civ. Prax. Bd. X. S. 337 flg.) hat jedoch die ausdehnende Praxis in Schutz genommen, weil dieselbe weder unvernünftig genannt werden könne, noch überflüssig, indem die

land fast überall für die Ausdehnung entschieden, und zwar in der Art, daß auch die Gläubiger eines noch lebenden insolventen Schuldners durch ein auf die Stimmenmehrheit gebautes richterliches Decret zu einem Nachlasse an ihren Forderungen sollen gezwungen werden können.[3]) Dabei befolgt man, was die Berechnung der Majorität, und die Wirksamkeit ihres Beschlusses betrifft, gewöhnlich[4]) die Vorschriften des Röm. Rechts. Das Verfahren bei dergleichen Nachlaßverhandlungen ist aber folgendes: a) Der Schuldner muß bei der Anbringung des Nachlaßgesuches seine Insolvenz durch Vorlage eines Vermögens- und Schulden-Status nachweisen, die Ursachen seines Verfalles und seine Schuldlosigkeit[5]) hiebei zeigen, und angemessene Vorschläge machen. Findet das Gericht den Antrag an sich zulässig, so werden b) sämmtliche[6]) Gläubiger unter Mitthei-

---

cessio bonorum dem noch lebenden Schuldner nicht dieselben Vortheile gewähre, wie ein Nachlaßvertrag.

[3]) Die Entstehung dieses ausdehnenden Gewohnheitsrechtes sucht geschichtlich zu erklären Puchta a. a. O. §. 210.

[4]) Denn an Abweichungen fehlt es allerdings auch in dieser Beziehung nicht. — So nehmen von den älteren Praktikern einige an, daß auch die bloß privilegirten Gläubiger an den Nachlaß nicht gebunden seyen; daß, wenn nur hypothekarische Gläubiger vorhanden wären, auch hier die Majorität der Minorität einen Nachlaß aufnöthigen könne; daß den dissentirenden Gläubigern ein Nachforderungsrecht zustehen soll u. dgl. mehr.

[5]) Manche halten freilich den Beweis der Unschuld nicht für nothwendig. Allein wenn schon die Vortheile der cessio bonorum dadurch bedingt sind, so kann diese Bedingung bei dem erzwungenen Nachlasse noch weniger außer Acht gelassen werden. Heffter a. a. O. S. 343.

[6]) Ich glaube, der Schuldner ist berechtigt, auch die Vor-

lung der gemachten Vorschläge zur Abgabe ihrer Erklärung hierüber peremtorisch[7]) vorgeladen, und c) nach

---

ladung der hypothekarischen Gläubiger zu verlangen. Denn wenn es diesen gleich keinen Nachtheil bringt, wenn sie ausbleiben, so kann doch ihr Erscheinen und ihre Zustimmung zu dem Nachlaßvorschlage dem Schuldner einen Vortheil gewähren. Fr. 58. §. 1. D. 17. 1. — S. Heffter (a. a. O. S. 348 oben), welcher übrigens gleichwohl die hypothekarischen Gläubiger von der Zusammenberufung ausnimmt. S. 347. u. — Daß die chirographarii alle zusammenkommen müssen, sagt das Röm. Recht ausdrücklich. — Fr. 10. pr. D. 2. 14. „Rescriptum D. Marci sic loquitur, quasi omnes debitores debeant convenire.“ Von der Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Convocation ist aber dabei nicht die Rede, und dieser Umstand scheint bei der Erklärung des Fr. 58. §. 1. D. 17. 1. berücksichtigt werden zu müssen. — Die Frage, ob heutzutage nur die bekannten Gläubiger, oder auch die unbekannten (edictaliter) vorgeladen werden müssen, läßt sich begreiflicherweise aus dem Röm. Recht nicht enscheiden. Läßt man die Natur der Sache gelten, so verdient gewiß die Edictalladung den Vorzug. Weil man aber Bedenken trägt, dergleichen Ladungen außer dem Falle eines wirklich schon verhängten Concurses anzuwenden, so wird gewöhnlich die Nachlaßverhandlung erst im Laufe des Concursprocesses selbst eingeleitet, was sich auch durch den Umstand rechtfertigen läßt, daß sich über die Liquidität der einzelnen Forderungen (welche natürlich auch bei der Nachlaßbehandlung von wesentlichem Einfluß ist) nach dem Liquidationstermine weniger Anstände erheben können, als vor der Eröffnung des Concurses. Vergl. Heffter a. a. O. S. 343 u. 347. — Martin §. 329. — Puchta §. 212. nro. 1. — Linde §. 439.

[7]) Die Warnung, unter welcher die bekannten Gläubiger vorgeladen zu werden pflegen, besteht darin, daß sie im Falle des Ausbleibens als dem Beschlusse der Mehrheit bei-

deren Vernehmung der Antrag entweder verworfen, oder, falls sich die Majorität gleichmäßig für einen bestimmten Nachlaß erklärt, und auch sonst keine Bedenklichkeit obwaltet,[8]) der Nachlaß selbst durch ein richterliches Decret festgesetzt, gegen welches übrigens die gewöhnlichen Rechtsmittel zugelassen werden.

§. 40.

Von den Personen, welche im Concursverfahren vorkommen.

Zu den Personen, welche im Concursverfahren vorkommen, oder wenigstens vorkommen können, gehören außer dem Concursgerichte und den Concursgläubigern auch noch der s. g. Contradictor, der curator bonorum, dann die Separatisten, sowohl jure crediti als jure dominii (Vindicanten) und die Massegläubiger. Da jedoch von dem Concursgericht, so wie von den Separatisten jure crediti schon früher das Nöthige angeführt worden ist, von den eigentlichen Concursgläubigern aber, so wie von den

---

tretend und unterworfen erachtet werden würden. — Den Hypothekargläubigern, wenn diese ebenfalls geladen werden sollten (S. not. 6.), kann aber freilich diese Drohung nicht gemacht werden. — Unbekannten Gläubigern dürfte in deren Edictalcitation mit der Ausschließung von der gegenwärtigen Masse zu drohen seyn. — Ist übrigens der Concursproceß bereits eröffnet, so wird ohnehin auf solche Gläubiger, welche sich im Liquidationstermine nicht gemeldet haben, keine Rücksicht mehr genommen.

[8]) Denn unbedingt ist der Richter wohl nicht an den Beschluß der Majorität gebunden. — Heffter a. a. O. S. 350. not. 28.

Vindicanten und Massegläubigern weiter unten schicklichere Gelegenheit zu sprechen sich ergeben wird; — so ist hier nur von dem curator bonorum und von dem Contradictor zu handeln.

§. 41.

Von dem curator bonorum.

Der curator bonorum [1]) (Güterpfleger, Massecurator) ist der Vertreter der Gesammtheit [2]) der Gläu-

---

[1]) Bei der bonorum venditio des älteren Röm. Rechts kam ein curator in unserm jetzigen Sinne in der Regel gar nicht vor. Denn der magister hatte nur den Verkauf des Vermögens zu besorgen. (S. oben §. 7.) Die custodia wurde von den Gläubigern selbst besorgt. Nur dann, wenn aus irgend einem Grunde nicht sofort zur venditio geschritten werden konnte, wurde schon damals ein curator bestellt. — Als aber späterhin die bonorum venditio mit Universalsuccession allmählig verschwand, und die distractio der Güter im Einzelnen an deren Stelle trat (s. §. 13.), wurde anstatt des magister ein curator gewählt, zwar zunächst nur bonis distrahendis, aber ohne Zweifel auch mit der Befugniß zur einstweiligen Administration, wenn die Veräußerung nicht sogleich bewerkstelligt werden konnte. Dieser Curator vereinigte also gewissermaßen die Functionen des ehemaligen magister und curator in seiner Person allein, und hiedurch erklärt sich die Interpolation in mehreren Pandectenfragmenten, in welchem anstatt „magister" „curator" gesetzt wurde. Vergl. darüber Dr. Ad. Aug. Friedr. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Berlin 1832. I. Bd. §. 21. — Im Wesentlichen ist die Bestimmung des jetzigen Curators auch Administration und Distraction der Güter. Nur ist er in der Ausübung seines Amtes mehr beschränkt, als der Römische, s. unten.

[2]) Denn für die Interessen der einzelnen Gläubiger hat er nicht zu sorgen.

biger[3]) in Ansehung der Concursmasse.[4]) Sein Geschäft besteht im Allgemeinen darin, 1) das Vermögen des Schuldners rein und vollständig herzustellen; 2) dasselbe, so lang es nothwendig ist, zweckmäßig zu verwalten, und 3) für den Verkauf der Güter auf geeignete Art zu sorgen. — In der ersten Beziehung ist er vor Allem verpflichtet, a) unter gerichtlicher Autorität ein Inventarium[5]) über alle Bestandtheile des Activvermögens[6]) des Schuldners zu errichten; b) Nachforschungen anzustellen, ob nicht Etwas verheimlicht oder unterschlagen wurde, zu welchem Zwecke er auch den Manifestationseid[7]) fordern kann. c) Sachen des Schuld-

---

[3]) Schon nach Röm. Rechte wurde der curator nicht als Vertreter des Schuldners, sondern der Gläubiger angesehen. Denn sonst hätte die actio Pauliana nicht ihm beigelegt werden können. Fr. 1. pr. D. 42. 8. Schweppe §. 98. 99. Sollte übrigens der Curator mit dem Vermögen des Schuldners auf eine solche Weise verfahren, daß sich der Letztere in irgend einer Beziehung gefährdet sähe, z. B. wegen der ihm obliegenden Nachhaftung für die nicht zu befriedigenden Gläubiger, so dürfte er allerdings deßhalb Einspruch thun. S. Hagemann pract. Erört. Bd. 8. a. Nro. X.

[4]) Mit den Liquidations- und Prioritäts-Streitigkeiten hat sich der Curator nicht zu befassen. Bei jenen steht der Contradictor den einzelnen Gläubigern, bei diesen die einzelnen Gläubiger sich selbst einander gegenüber.

[5]) Dr. W. H. Puchta Conc. §. 147. — Dessen Hdbch. des ger. Verf. in nichtstreitigen bürgl. Rechtssachen. Thl. II. §. 258 flg. u. 263. flg.

[6]) Denn der status passivus muß sich erst aus den einzelnen Liquidationen ergeben, wobei der Curator nichts zu thun hat.

[7]) Schweppe §. 57. B. — §. 123. — Puchta a. a. O.

ners, welche sich in den Händen Dritter befinden, zurückzufordern,[8]) und in fraudem creditorum geschehene Veräußerungen mit der Pauliana actio anzufechten;[9]) dagegen aber auch d) alles Dasjenige auszuscheiden, was gewiß[10]) nicht zur Masse gehört. — Die Art und Weise der Verwaltung hängt von der Beschaffenheit der Güter und von den Umständen, so wie der Umfang der dem Curator in dieser Hinsicht zustehenden Befugnisse von der ihm ertheilten Instruction[11]) ab. — Auf jeden Fall ist er aber schuldig, a) unverzinslich oder unsicher anliegende Capitalien[12]) zu kündigen und beizutreiben, — b) Baarschaften, deren er zur

---

§. 151 bis 153. — Schmid Hdb. III. S. 241. not. 27 bis 35.

[8]) Schweppe §. 123. nro. 2.

[9]) Fr. 1. pr. D. 42. 8.

[10]) Denn wenn es noch zweifelhaft ist, so muß der Prätendent seinen Anspruch gerichtlich gegen die Masse verfolgen. Um übrigens die Masse schneller von allen fremdartigen Bestandtheilen reinigen zu können, werden nicht selten auch Solche, — welche nicht eigentlich Concursgläubiger sind, — gleich diesen edictaliter aufgefordert, ihre Ansprüche im Liquidationstermine anzumelden.

[11]) Zuweilen ist der Umfang der Befugnisse des Massecurators schon durch Partikulargesetze bestimmt. Wo aber Dieses der Fall nicht ist, dient es zur Beschleunigung der Geschäfte, wenn die Gläubiger dem Curator sogleich nach der Wahl eine bestimmte Vollmacht ertheilen, indem dadurch die sonst so häufig nöthige Rücksprache mit den Gläubigern für viele Fälle wenigstens überflüssig gemacht werden kann. — Gensler im Arch. II. S. 358 oben.

[12]) Denn sicher anliegende verzinsliche Capitalien früher zu kündigen, als bis das heranrückende Ende des Concurses es nöthig macht, wäre nachtheilig.

Bestreitung der laufenden Ausgaben nicht bedarf,[13]) — (insofern nicht die Aussicht auf die nahestehende Beendigung des Concurses das Innebehalten nöthig macht) — entweder auf Zinsen auszuthun, oder dem Gerichte, etwa zur Befriedigung solcher Gläubiger, welche vielleicht jetzt schon zum Vortheile der Masse sicher befriedigt werden können, zu überliefern;[14]) und c) solche Sachen, deren Verkauf auf längere Zeit hinaus unthunlich oder unräthlich erscheint, zur Verpachtung in Vorschlag zu bringen. — Eben so ist er aber auch in jedem Falle berechtiget, Processe[15]) zu führen, hinsichtlich der laufenden Administrationsausgaben Zahlungen zu leisten und Zahlungen anzunehmen.[16]) — Was endlich die Veräußerung der schuldnerischen Güter betrifft', so liegt dem Curator ob, jede vortheilhafte Ge-

---

[13]) Denn was zur Bestreitung der currenten Administrationsausgaben nöthig ist, läßt man jetzt gegen gehörige Verrechnung in den Händen des Curators. Schweppe S. 197.

[14]) Puchta §. 149.

[15]) Fr. 2. §. 1. D. 22. 7. — Wenn der Curator nicht selbst Advokat ist, so wird die Führung der Processe dem Contradictor, oder auch wohl einem eigens hiezu bestellten Rechtsanwalt übertragen. Schweppe §. 97 u. §. 123. — Die Befugniß, selbst und ohne Consens der Gläubiger einen Andern zu substituiren, wird dem Curator heutzutage nicht mehr eingeräumt, obwohl er sie nach Röm. Rechte hatte. Fr. 2. §. 1. D. 42. 7. Hingegen braucht er bei der Proceßführung die cautio de rato und judicatum solvi nicht mehr zu leisten. Schweppe §. 100. Ihn aber auch von der Verbindlichkeit zur cautio pro expensis freizusprechen, dazu sind keine hinreichenden Gründe vorhanden. S. darüber insbesondere A. Heise u. F. Crop Jurist. Abhdl. I. Bd. Abh. XVI. S. 314 u. 320 flg.

[16]) Vergl. jedoch Schweppe §. 100. not. 4

legenheit hiezu zu benützen.[17]) In der Ausübung aller dieser Geschäfte scheint derselbe nach Röm. Rechte einen sehr freien Spielraum gehabt zu haben.[18]) Allein heutzutage ist diese Freiheit dadurch bedeutend vermindert, daß die Thätigkeit des Curators fortwährend unter gerichtlicher Controle steht,[19]) und daß er bei allen einigermaßen bedenklichen Schritten an die Zustimmung des Gerichtes und der Gläubiger[20]) gebunden ist, welche

---

[17]) Denn zur Distribution eignet sich nur baares Geld.

[18]) Fr. 2. §. 1. D. 42. 7. „Quaeque per eum eosve, qui ita creatus, creative essent, facta gestaque sunt, rata habebuntur." Schweppe §. 100.

[19]) Dabelow S. 482. 496.

[20]) Die Frage, wie es im Falle eines Dissenses der Gläubiger bei gemeinschaftlichen Angelegenheiten in Betreff der Maße gehalten werden soll, ist im gemeinen Recht nicht ausdrücklich entschieden. (S. oben §. 29.) In der Praxis kann sie aber nicht abgewiesen werden. Man nimmt daher die Analogie zu Hülfe, und erklärt entweder den Beschluß der Majorität der Gläubiger, — nach der Größe der Forderungen berechnet, — als bindend für die Minorität (arg. c. 8. C. 7. 71. Hagemann prakt. Erört. Bd. VI. Erört. 72.), oder man läßt nach Fr. 15. pr. D. 42. 5. und Fr. 2. pr. D. 42. 7. die Majorität, — nach Köpfen berechnet, — entscheiden. In beiden Fällen pflegt man aber alle Gläubiger und zwar unter der Verwarnung zur Abstimmung vorzuladen, daß die Ausbleibenden sich dem Beschlusse der Mehrheit der Erscheinenden zu fügen haben würden. — Wenn der Versuch, durch Stimmenmehrheit einen Beschluß zu Stande zu bringen, fehlschlägt, z. B. weil gar kein Gläubiger erscheint, so ist das Concursgericht berechtiget, nach eigener Ueberzeugung das Zweckmäßigste vorzukehren arg. Fr. 8. §. 4. D. 42. 5. — Ja selbst die Meinung der Majorität ist für das Concursgericht nicht von absolut bindender Kraft, sondern, wenn dasselbe den

Letztere zuweilen, um den Geschäftsgang zu erleichtern, aus ihrer Mitte einen engeren Ausschuß wählen,[21]) an den sich der Curator in vorkommenden Fällen zu wenden hat. Insbesondere darf jetzt a) der Güterpfleger keine Veräußerung mehr vornehmen, außer mit Consens des Gerichts und der Gläubiger; b) die Veräußerungen geschehen auf dem Wege der Subhastation oder Auction;[22]) c) ohne Anweisung des Concursgerichts ist es dem Curator nicht erlaubt, — ausgenommen bei laufenden Administrations-Ausgaben, — Zahlungen zu leisten; d) die Frage, ob für die Masse ein Rechtsstreit eingeleitet werden soll, muß gleichfalls dem Concursgerichte und den Creditoren, mit gutachtlichen Anträgen begleitet, zur Entscheidung vorgelegt werden, so wie auch e) bei Verpachtungen einzelner Güter, bei der Anlage von Capitalien und allen wichtigeren Dispositionen über das Vermögen die Einwilligung der Gläubiger erholt zu werden pflegt.[23]) — Bestellt wird der

---

Beschluß der Mehrheit offenbar als nachtheilig erkennt, oder eine Gefährde dabei wahrnimmt, so kann es demselben die Bestätigung verweigern. — Vergl. Schweppe §. 55 und §. 95. — Gensler im Arch. Bd. II. S. 359. not. 7.

[21]) Insbesondere dann, wenn die Zahl der Gläubiger unverhältnißmäßig groß, oder ein Theil derselben weit von dem Gerichtssitze entfernt ist, pflegt man diese Maßregel anzuwenden. Schweppe §. 95. a. E. Die wohlthätigen Folgen derselben sind aber freilich dadurch bedingt, daß dem engeren Ausschusse bestimmte Vollmacht ertheilt wird; denn sonst müssen die Berathungs-Gegenstände doch wieder allen Gläubigern vorgelegt werden. Vergl. Claproth §. 354.

[22]) Schmid Hdb. III. S. 245. not. 50.

[23]) Th. Hagemanns prakt. Erört. Bd. VI. S. 306. not. 3.

Curator durch das Concursgericht, jedoch so, daß dasselbe vorher eine Wahl von Seite der Creditoren veranlassen, und die Stimmenmehrheit berücksichtigen soll.[24]) Nur dann, wenn sich die Gläubiger zu keinem Beschlusse vereinigen können, ist es dem Richter gestattet, selbst den Curator zu ernennen.[25]) — Gewählt kann übrigens Jeder werden, der die im gegebenen Falle erforderlichen Sachkenntnisse besitzt.[26]) — Jurist braucht er eben nicht zu seyn,[27]) obwohl es unter Umständen rathsam erscheinen kann, das Geschäft einem Rechtsgelehrten zu übertragen, insbesondere dann, wenn die Concursmasse vielfach in Processe verwickelt ist.[28]) Der Cridar taugt begreiflich nicht zum Curator,[29]) wohl aber kann hiezu Einer aus der Mitte der Gläubiger ernannt werden.[30]) Auch mehrere Curatoren können

---

[24]) Fr. 15. pr. D 42. 5. — Fr. 2. pr. D. 42. 7.

[25]) Fr. 8. §. 4. D. 42. 5.

[26]) Schweppe §. 99..

[27]) A. M. ist Dabelow S. 581. not. u. Kori §. 83. — Allein nirgendwo ist vorgeschrieben, daß der Curator Jurist seyn müsse. Aus Fr. 2. §. 4. D. 42. 7. folgt vielmehr das Gegentheil. — Ebenso grundlos ist es aber auch, einen Advokaten, blos deßhalb, weil er Advokat ist, von der Wählbarkeit auszuschließen, wie ganz richtig bemerkt Puchta §. 178. S. 369.

[28]) Denn sonst muß zur Proceßführung wieder besonders ein Advocat bestellt werden.

[29]) Dabelow S. 581. not. v. — Nur, wenn alle Gläubiger dem Schuldner das Vertrauen zu diesem Geschäfte schenken würden, wäre eine Ausnahme zu machen. Vergl. Schmid Hdb. III. S. 239. not. 18.

[30]) Nach Röm. Rechte war Dieses sogar das Gewöhnliche, wie man aus der Fassung des Fr. 2. §. 4. D. 42. 7. schließen muß.

zuweilen nöthig sein,[31]) entweder wegen der zerstreuten Lage der zu verwaltenden Güter, oder weil zur Administration einzelner Vermögenspartieen eigenthümliche Sachkenntnisse erfordert werden, welche sich selten in einer Person vereiniget finden. Zuweilen kann aber auch die Aufstellung eines eigenen Curators gänzlich unterbleiben, namentlich bei ganz unbedeutenden Concursen.[32]) — Ein Zwang zur Annahme einer solchen Vermögenscuratel ist, in der Regel wenigstens, gesetzlich nicht begründet.[33]) — Den Zeitpunkt zur Wahl eines Güterpflegers bestimmt der Richter gewöhnlich nach abgehaltenem Liquidationstermine, weil jetzt erst die sämmtlichen Concursgläubiger bekannt sind.[34]) Allein interimistisch kann und muß zuweilen schon früher, selbst vor der Eröffnung des Concurses ein Curator bestellt werden.[35]) — Zur Sicherheit der Gläubiger soll a) der Curator beeidigel,[36]) und ihm die Leistung einer angemessenen Realcaution aufgelegt werden,[37]) weil die Gläubiger an seinem Vermögen kein gesetzliches Pfandrecht, ja nicht einmal rücksichtlich ihrer Forderungen ein privilegium exigendi haben.[38]) Gleichwohl wird eine

---

[31]) Fr. 2. §. 2. D. 42. 7.

[32]) Puchta §. 177. — Schweppe §. 98.

[33]) Fr. 2. §. 3. D. 42. 7. Nur „magna necessitate et arbitrio Imperatoris hoc procedere potest."

[34]) Martin §. 329. A. — Schweppe §. 114.

[35]) Dabelow S. 580. lit. a — Martin §. 327.

[36]) Claproth §. 353.

[37]) Nach Röm. Rechte war weder Beeidigung noch Cautionsleistung nothwendig. — Denn der Eid, welcher in c. 10. §. 1. C. 7. 72. vorkommt (s. oben §. 14. not. 27), war kein allgemeiner Verpflichtungseid.

[38]) Fr. 22. §. 1. D. 42. 5.

Caution selten gefordert.[39]) — b) Ist er schuldig, über seine Verwaltung jährlich Rechnung abzulegen,[40]) — wobei er für dolus, culpa und diligentia, quam in suis rebus haftet.[41]) — Für seine Bemühungen erhält übrigens heutzutage der Curator immer ein angemessenes Honorar[42]) aus der Masse,[43]) welches am zweckmäßigsten am Ende des Concurses nach Maßgabe der geleisteten Dienste bestimmt wird.[44])

§. 42.

Von dem Contradictor.[1])

Ueber den Contradictor im heutigen Concursprocesse sind die Meinungen sehr verschieden. Diese Meinungsverschiedenheit betrifft jedoch nicht so sehr seinen Wirkungskreis; — (denn darüber ist man ziemlich einig,

---

[39]) Kori S. 151. not. 510.

[40]) Nach der Analogie der deutschen Vormundschaftsrechnungen Claproth §. 323.

[41]) Ebenfalls nach der Analogie der Verpflichtung des Vormundes — Mackeldey §. 769. — Hagemanns Erört. Bd. 8. Erört. 37. — Schmid Hdb. III. S. 244. not. 42. — A.M. ist wegen Fr. 9. § 5. D. 42. 5. Schweppe §. 100. Allein diese Stelle scheint nur das Verhältniß des Curators zu dem Schuldner im Auge zu haben. Hagemann a. a. O. S. 99. not. 2.

[42]) Nach Röm. Rechte hatte der Curator keinen Anspruch darauf. Heutzutage wird ihm aber ein solcher allgemein zugestanden.

[43]) Das Honorar des Massecurators wird zu den Concurskosten gezählt, weil er im gemeinsamen Interesse sämmtlicher Gläubiger handelt.

[44]) Abschlagszahlungen können jedoch allerdings schon früher geleistet werden. Schweppe §. 100.

[1]) Stepf, Lehre vom Contradict. Leipzig 1821. 2te Ausgabe.

daß sein Hauptgeschäft darin besteht, die Richtigkeit der im Concurse angemeldeten Forderungen zu prüfen, und daher die Liquidationsprocesse gegen die einzelnen Gläubiger durchzuführen)[2] — als die Frage, wen er denn eigentlich bei diesem Geschäfte vertritt? Einige[3]) halten ihn nämlich für einen Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger, — Andere[4]) für einen Vertreter des Cridars.[5]) Die geschichtliche Entwickelung scheint zwar für die erste Meinung zu sprechen. Denn das Justinianische Recht kennt eine eigene, zur Bestreitung der Liquidität neu angemeldeter Forderungen bestimmte Person im Concurse gar nicht. Wenn einige Gläubiger bereits die missio in bona erwirkt hatten, und späterhin sich auch noch ein anderer Creditor meldete, so hatte er es mit den creditoribus missis zu thun. Diesen mußte er die Richtigkeit seines Anspruches nachweisen. Die bereits immittirten Gläubiger waren also seine con-

---

[2]) Abweichende Meinungen gibt es freilich in dieser Hinsicht auch. S. z. B. Schweppe §. 102, welcher dem Contradictor auch eine Rolle in den Prioritätsprocessen einräumt. Aber die Führung der Liquidationsstreitigkeiten wird doch allgemein als Hauptgeschäft des Contradictors zugegeben.

[3]) Schweppe §. 97. u. 102. — Puchta § 180.

[4]) Dabelow S. 577 flg. — Martin §. 322. not. o. — Spangenberg in Freih. v. Zu-Rhein's Jahrb. I. S. 35 flg. — Mittermaier der gem. t. Pr. III. S. 265 flg. (2te Ausg.)

[5]) Daß der Contradictor die Gläubiger und den Cridar zugleich vertrete, wird jetzt wohl nicht mehr behauptet. Eigentlich hat aber diese Meinung auch nicht mehr gegen sich, als die, daß er die Gesammtheit der Gläubiger vertrete.

tradictores [6]) — In Teutschland wurde nun anfänglich das Geschäft der contradictio mit der cura bonorum verbunden, d. h. dem Güterpfleger, welcher ohnehin für die Gläubiger rücksichtlich der Masse zu sorgen hatte, wurde auch die Function übertragen, die später noch andringenden Gläubiger durch Bestreitung ihrer Ansprüche abzuwehren. [7]) In der Folge [8]) trennte man aber beide Functionen und bestellte neben dem curator einen eigenen contradictor. [9]) — Diesem Gange zufolge scheint nun allerdings der Contradictor die Gläubiger zu vertreten, weil diese sein Geschäft nach Röm. Rechte selbst ausübten, und dann durch ihren Vertreter hinsichtlich des Vermögens ausüben ließen. — Gleichwohl hat diese Ansicht entscheidende Gründe gegen sich. Denn a) ist es denkbar, daß in einem Concursprocesse gar keine Forderung angemeldet wird, welche nicht Stoff zu Einwendungen darböte. Seiner Pflicht gemäß muß hier der Contradictor alle durchgehends bekämpfen. In diesem Falle ist aber nicht wohl zu begreifen, wie er die Gesammtheit der Gläubiger vertreten soll. [10]) b) Geschähe

---

[6]) c. 10. pr. C. 7. 72. „Creditoribus possessionem detinentibus suum debitum certum faciant."

[7]) Schweppe §. 97. — Spangenberg in v. Zu-Rheins Jahrb. I. S. 35.

[8]) Vor dem 17ten Jahrhundert scheint jedoch diese Trennung nicht stattgefunden zu haben. — Schweppe §. 97. not. 1.

[9]) In der bayerischen Gerichtsordnung kommt jedoch ein contradictor im Sinne des gemeinen Rechts auch jetzt noch nicht vor, sondern jeder einzelne Concursgläubiger hat den Schuldner und alle übrigen Creditoren in puncto liquid. zu Gegnern. Cod. jud. cap. 19. §. 6. nro. 1. und die Anmerk. zu dieser Stelle.

[10]) Man kann zwar sagen: „Jeder einzelne Gläubiger hat ein

die Contradiction lediglich im Interesse der Gläubiger, so müßte dieses Geschäft, wie die cura bonorum auch durch einen Gläubiger besorgt werden können. Dieses wird aber von den Anhängern der ersten Meinung selbst nicht zugegeben.[11]) Endlich c) ist nach dieser Ansicht der Cridar bei der Liquidation gar nicht vertreten, welcher doch der künftigen Nachhaftung halber wesentlich dabei interessirt erscheint. — Die Bestimmung des Röm. Rechts paßt gar nicht mehr auf unsere Verhältnisse. Denn nach Röm. Rechte sammelten sich die Gläubiger allmählig, und Denjenigen, welche bereits, auf ein Urtheil gestützt, die missio erwirkt hatten, konnten ihre Ansprüche von den später Hinzutretenden nicht mehr bestritten werden,[12]) sondern umgekehrt, die possidentes konnten den Nachkommenden den Zutritt streitig machen. Bei diesen Verhältnissen wäre allerdings ein Contradictor als Vertreter der Gläubiger möglich gewesen, aber auch nicht als Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger, sondern nur als Communanwalt der creditores missi. In unserem Concursverfahren hingegen, welches

---

Interesse dabei, seine Concurrenten zurückdrängen," weil dann er um so mehr Hoffnung hat, aus der Masse befriedigt zu werden. Allein gerade dadurch entsteht ein feindliches Verhältniß zwischen jedem einzelnen Gläubiger und allen übrigen. Die Idee von einer Gesammtvertretung durch den Contradictor würde also zuletzt darauf hinauslaufen, daß er mit jedem Gläubiger Händel anfangen müsse, um zu erfahren, wer feststehe, und erst am Ende sämmtlicher Liquidationsprocesse könnte man sagen, der Contradictor habe im Interesse derjenigen Gläubiger gehandelt, von welchen er selbst überwunden wurde.

[11]) Schweppe §. 103. not. 2.

[12]) S. oben §. 14. nro. II. a E. not. 7.

nicht mit der missio einiger Gläubiger beginnt, die gewissermassen, als eine durch die missio bereits gesicherte Gesellschaft, jedem später Kommenden entgegentreten könnten; sondern wo alle Creditoren auf einmal (im Liquidationstermine nämlich) zusammentreffen, läßt sich der Contradictor auch nicht einmal in dieser Art denken. Wenn gleichwohl in früherer Zeit dem curator bonorum, also doch einem Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger, dieses Geschäft übertragen wurde, so geschah es gewiß nicht in Folge einer richtigen Würdigung der Verhältnisse, und in der spätern Erkenntniß dieses Mißgriffes liegt wohl der Grund, weßhalb man das Geschäft der contradictio wieder von der cura bonorum trennte. — Der Contradictor ist demnach Stellvertreter des Cridars.[13]) Da nun dem Letzteren, sobald der Concurs einmal eröffnet ist, nur noch daran gelegen seyn kann, seine Nachhaftung für die Zukunft nicht ohne Grund vergrößern zu lassen, nicht aber auch an der Rangordnung, nach welcher die wirklichen Gläubiger zum Zuge kommen sollen; — so hat der Contradictor nur die doppelte Aufgabe, a) die Richtigkeit der einzelnen Ansprüche zu prüfen, welche im Liquidationstermine angemeldet werden, und insofern erhebliche Bedenken dagegen obwalten, sie gerichtlich zu bestreiten[14]) (daher die

---

[13]) Ueber die Frage, ob und in wiefern der Gemeinschuldner durch die Handlungen und Erklärungen des Contradictors verpflichtet werde, s. Seuffert im Archiv für civ. Praxis. XI. S. 365.

[14]) Die Befugniß, sich mit einem Gläubiger zu vergleichen, steht dem Contradictor allein nicht zu, weil auch die übrigen Gläubiger dabei interessirt sind. Eben wegen dieses Interesse muß auch den Mitgläubigern gestattet werden, in

Benennung: contradictor); b) außerdem aber auch die administrativen Verfügungen über die Masse zu beobachten, und etwaiger Gefährde oder Verwahrlosung entgegenzuwirken.[15]) Mit den Prioritätsstreitigkeiten hingegen hat der Contradictor gar nichts zu schaffen,[16]) insofern nicht etwa in Particulargesetzen das Gegentheil bestimmt ist.

§. 43.

Fortsetzung.

Da der Contradictor nicht die Gläubiger vertritt, so wird er auch von diesen nicht gewählt.[1]) — Der Regel nach sollte er von Dem bestellt werden, den er zu vertreten hat, also vom Cridar. Da aber Diesem nicht mehr zu trauen ist, weil er, mit dem selbstgewählten Con-

---

den einzelnen Liquidationsprocessen zu interveniren. — Um sich über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der angemeldeten Forderungen gehörig zu informiren, hat der Contradictor die Verbindlichkeit, die vorhandenen Acten und Papiere zu durchsehen, und bei dem Cridar, seinen Angehörigen u. s. w. die geeigneten Erkundigungen einzuziehen. Martin §. 328. Schweppe §. 104.

[15]) Schweppe §. 96, welcher jedoch dieses Einspruchsrecht in Folge seiner Ansicht von dem Contradictor nicht diesem, sondern dem Cridar selbst einräumt.

[16]) S. K. G. Neundorf Vermischte Abhandl. Ulm 1805. Abh. XXI. — Jenaische Literatur-Zeitung. 1837. Febr. S. 173.

[1]) Dabelow S. 579. — Schweppe (§. 103) muß zwar zugeben, daß nach dem bestehenden Gerichtsgebrauche die Gläubiger bei der Wahl des Contradictors keine Stimme haben. Er mißbilligt jedoch diesen Gebrauch, was übrigens freilich von seiner Seite consequent ist, weil er den Contradictor für einen Stellvertreter der Gläubiger hält.

tradictor im Einverständnisse, fingirte Ansprüche zum Nachtheile der wirklich begründeten anerkennen, oder aus persönlichen Rücksichten einen Gläubiger vor dem andern begünstigen könnte, so wird die Bestellung des Contradictors jetzt allenthalben dem Gerichte überlassen. [2]) — Fähig zur Uebernahme dieses Geschäfts ist Jeder, der zur Ausübung der Advocatie berechtigt ist. [3]) Nur ein Gläubiger darf nicht dazu gewählt werden, weil sonst kein Contradictor in Bezug auf seine eigene Forderung vorhanden wäre. [4]) Die Frage ob ein Zwang zur Uebernahme dieses Geschäfts stattfinden könne, wird zwar gewöhnlich verneint. [5]) Da jedoch der Contradictor Advocat ist, und kein Advocat ohne erheblichen Grund seine Dienste verweigern soll, so dürfte auch hier wenigstens eine hinreichende excusatio erforderlich seyn, um den Auftrag abzulehnen. — Daß die **Function** des Contradictors im Concursprocesse unentbehrlich ist, versteht sich wohl von selbst. Ob aber gerade immer ein eigner Advocat dazu aufgestellt werden soll, darüber ist man nicht einig. Schenken alle Gläubiger dem Cridar selbst das Vertrauen, das Geschäft der Contradiction zu be-

---

[2]) Auch aus diesem Umstande hat man ein Argument abgeleitet, um zu beweisen, daß der Contradictor nicht der Vertreter des Cridars seyn könne, indem ihn sonst dieser selbst zu wählen hätte. Allein der curator eines Verschwenders vertritt doch diesen auch, ohne von ihm selbst bestellt zu sein.

[3]) Denn sein Hauptgeschäft besteht darin, Processe zu führen. Schweppe §. 103.

[4]) Man kann nicht Kläger und Beklagter zugleich seyn. Schweppe a. a. O.

[5]) Schweppe §. 103. not. 6.

sorgen, so ist gewiß nichts dagegen einzuwenden.[6]) — Unstatthaft aber ist es, die Stelle des Contradictors unmittelbar durch den Richter vertreten zu lassen,[7]) indem die Vereinigung der Function des Fürsprechers einer Partei[8]) mit der des Richters den Grundsätzen des gemeinen Rechts zuwiderläuft. — Zur Leistung einer Caution ist übrigens der Contradictor nicht verpflichtet. Wohl aber wird er in eidliche Pflicht genommen.[9]) — Für seine Bemühung hat er, gleich jedem andern Advocaten, ein Honorar in Anspruch zu nehmen[10]) Wenn man aber dieses Honorar, wie allenthalben geschieht, der Concursmasse zur Last legt,[11]) während man doch den Contradictor als Stellvertreter des Cridars betrachtet, so läßt sich Dieses nur aus dem Grunde rechtfertigen, weil die Gläubiger aus Mißtrauen gegen den Schuldner, folglich im eigenen Interesse, demselben nicht gestatten, selbst zu contradiciren, oder selbst einen Fürsprecher zu wählen.

---

[6]) Denn nur aus Rücksicht auf das Interesse der Gläubiger wird der Cridar ausgeschlossen. Auf diesen Vortheil können sie aber renunciren.

[7]) Gegen die zweckmäßige Anwendung des „mildrichterlichen" Amtes, wenn der Contradictor den Gläubigern persönlich entgegentritt, ist aber allerdings nichts einzuwenden. S. Puchta §. 179.

[8]) Denn eine von beiden Parteien vertritt der Contradictor doch in jedem Falle, man mag nun über seine Stellung denken wie man wolle.

[9]) Martin §. 328. — Schweppe §. 103 a. E.

[10]) Dem Contradictor außer der Advocaten-Taxe für die einzelnen Arbeiten auch noch ein jährliches Salarium auszusetzen, ist gewiß ein Mißbrauch. Schweppe §. 104.

[11]) Schweppe §. 104. not. 6.

§. 44.

Von dem Concurs-Verfahren insbesondere.

Veranlassung, Vorbereitung und wirkliche Eröffnung des Concursprocesses.

Der Concursproceß, im eigentlichen Sinne des Wortes, wird erst durch das s. g. decretum de aperiundo concursu eröffnet, d. h. durch ein richterliches Erkenntniß, in dem die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners ausgesprochen und in Folge dessen das Concursverfahren als nothwendig erklärt wird.[1]) Dieses Erkenntniß kann jedoch bei den wichtigen Folgen, welche es für die Gläubiger sowohl als für den Schuldner hervorbringt, begreiflicher Weise nicht ohne vorläufige Untersuchung erlassen werden.[2]) — Der wirklichen Eröff-

---

[1]) Hierin besteht der wesentliche Inhalt des Dekrets. Gewöhnlich enthält dasselbe aber auch noch andere Verfügungen, welche theils auf die Sicherstellung der Gläubiger abzielen, namentlich das Dispositionsverbot an den Schuldner, — theils auf die Einleitung des Concursverfahrens selbst. — Claproth Einl. in die summar. Proc. §. 295. a. E. Die Edictalladung selbst schon dem decret. de aper. concursu einzuverleiben, ist übrigens unzweckmäßig, weil gegen das Decret noch Rechtsmittel gebraucht werden können. — Im Falle einer freiwilligen Insolvenzerklärung könnte zwar der Zeitraum zwischen dieser Erklärung und dem Eintritte der Rechtskraft des decret. de ap. conc. zu Veräußerungen mißbraucht werden, welche in der Folge erst mit der Paulianischen Klage rescindirt werden müßten. (Richter Jahrb. 1837. S. 527.) Allein diesem Uebelstande kann durch ein provisorisches Veräußerungsverbot vorgebeugt werden. S. oben §. 24. II. zu Note 7.

[2]) Im Falle einer cessio bonorum hält man zwar das präparatorische Verfahren und selbst das Concurserkenntniß

nung des Concursprocesses muß daher ein Verfahren vorausgehen, in welchem die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu prüfen und gegen seine bereits bekannten Schulden zu erwägen sind, und dieses Verfahren pflegt man jetzt das präparatorische zu nennen. Sollte übrigens wegen des hiedurch veranlaßten Aufschubes der Concurseröffnung eine Gefährde für die Gläubiger zu besorgen seyn, so gestattet man dem Richter, hiegegen geeignete provisorische Maßregeln zu ergreifen.[3])

§. 45.

Von dem präparatorischen Verfahren insbesondere.

a) Unter welchen Voraussetzungen ist dieses Verfahren einzuleiten?[1])

Ueber diese Frage sind die Meinungen getheilt. Einige Rechtslehrer[2]) glauben nämlich, daß der Richter

---

für überflüssig. Martin §. 323. not. o. — Allein aus später anzuführenden Gründen scheint es doch zweckmäßiger zu seyn, auch hier die Creditoren vorläufig zu vernehmen.

[3]) Linde Lehrb. §. 432.

[1]) So muß eigentlich die Frage gestellt werden, und nicht, wie es gewöhnlich geschieht: „Wann darf der Richter den Concurs selbst eröffnen?" — Denn wenn man einmal die Nothwendigkeit eines präparatorischen Verfahrens anerkennt, so kann der Anfangspunkt des eigentlichen Concursprocesses nicht mehr zweifelhaft seyn. Er beginnt nämlich dann, wenn in Folge des präparatorischen Verfahrens wirklich darauf erkannt ist. — S. darüber die allgem. jurist. Zeitung von Chr. Fr. Elvers und Bender. I. Jahrg. 1828. S. 385.

[2]) v. Gönner Hdb. IV. S. 512. Reinhardt die Lehre vom Gantverf. §. 50. nro. 4. Süptitz Lehrb. der summar. Proc. 63. lit. d.

befugt, ja sogar verpflichtet sey, die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners genauer zu untersuchen, sobald einzelne Forderungen gegen ihn eingeklagt sind, und er mit Rücksicht auf die ihm anderwärts amtlich bekannt gewordenen Verhältnisse des Debitors befürchtet, daß dieser nicht mehr im Stande seyn dürfte, alle seine Gläubiger zu befriedigen. — Andere [3]) hingegen halten den Richter nur dann für ermächtiget, diese Untersuchung einzuleiten, wenn entweder ein Gläubiger ausdrücklich auf die Concurseröffnung anträgt, oder wenn der Schuldner selbst seine Zahlungsunfähigkeit erklärt. — Die Letzteren stützen sich auf das Verhandlungsprincip des gemeinen Rechts; die Ersteren hingegen berufen sich darauf, daß „die Gesetze den Richter gleichsam zum Depositar des Gemeinwillens der Gläubiger machen, und ihm die Verbindlichkeit auflegen, nur so lange in Realisirung einzelner Ansprüche vorzuschreiten, als er nicht besorgen darf, dadurch andern Gläubigern zu schaden.“ [4]) Von diesen beiden Meinungen ist nun die erste gewiß nicht richtig. Denn in den Quellen des gemeinen Rechts ist nicht nur kein Gesetz zu finden, welches den Richter zum Depositar des Gemeinwillens aller Gläubiger eines Schuldners machte, sondern die Idee einer solchen obervormundschaftlichen Fürsorge ist vielmehr den Grundsätzen des gemeinen Rechts geradezu widersprechend. [5]) Hält man an diesen Grundsätzen fest, so ergeben sich in Bezug auf

---

[3]) Lotz im Arch. für civ. Prax. Bd. III. S. 77. flg Linde Lehrb. §. 431. — Allg. jurist. Zeit a. a. O.

[4]) v. Gönners eigene Worte im Hdb. IV. S. 514.

[5]) Schweppe §. 187 a. E. — Puchta §. 120. a. A. und besonders S. 262 u.

die möglichen Fälle folgende Resultate; A) Der Schuldner **lebt noch**; allein a) weder ein Gläubiger hat auf die Eröffnung des Concurses angetragen, noch hat der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit erklärt. In diesem Falle ist der Richter nicht berechtiget, das präparatorische Verfahren einzuleiten, selbst wenn er persönlich von der Insolvenz des Schuldners überzeugt wäre, und wenn auch sogar schon einzelne Gläubiger mit ihren Ansprüchen gerichtlich aufgetreten wären.[6]) — Ist hingegen b) von Seite der Creditoren ein Antrag[7]) auf die Eröffnung des Concurses gestellt worden, so liegt es in der Pflicht des Richters, die Voruntersuchung eintreten zu lassen, — ohne Unterschied, ob der Antrag von mehreren Gläubigern, oder auch nur von Einem allein[8]) ausge-

---

[6]) Denn der Richter, als solcher, hat für Die, welche seine Hülfe noch gar nicht angerufen haben, nicht zu sorgen.

[7]) Ob dieser Antrag auch tacite und zwar in der Art geschehen könne, wie **Schweppe** § 107. nro. 2 will, bezweifle ich.

[8]) In dem Falle nämlich, wenn schon mehrere Schuldklagen anhängig geworden sind, und nur Einer von den Gläubigern, welche bereits geklagt haben, um nicht durch die Execution zu Gunsten der Uebrigen verkürzt zu werden, auf die Eröffnung des Concurses anträgt. Denn hier erscheint der Antrag als eine Principalintervention. — Ob aber auch dann, wenn überhaupt bisher nur **ein** Creditor klagend aufgetreten ist, und dieser allein auf Concurseröffnung anträgt, das präparatorische Verfahren einzuleiten sey, bezweifle ich, weil hier der Implorant bei der isolirten Verfolgung seines Anspruches zur Zeit noch gar nicht gefährdet ist, also der Antrag auch rechtlich nicht motivirt werden kann. — Ohnehin wird sich dieser Fall kaum irgend einmal ereignet haben.

gegangen ist. c) Hat zwar kein Gläubiger die Concurseröffnung verlangt, aber der Schuldner selbst seine Zahlungsunfähigkeit gerichtlich erklärt, so ist auch Dieses ohne Zweifel eine hinreichende Veranlassung, die von dem Schuldner angegebenen Gläubiger mit ihren Erinnerungen und Anträgen zu hören.[9]) Ja, gewöhnlich wird sogar behauptet, daß in diesem Falle der Concurs ohne Weiters eröffnet werden dürfe, indem der Schaden der Uebereilung einen selbst Einwilligenden treffe.[10]) Wenn man aber erwägt, daß die Eröffnung eines Concursprocesses ohne Noth auch für die Gläubiger unangenehme Folgen hat,[11]) und daß ein Schuldner, wel-

---

[9]) Nach der Regel: „wo kein Kläger, da ist auch kein Richter" könnte das Gericht freilich eine solche Insolvenzerklärung des Schuldners auf sich beruhen lassen, besonders in dem Falle, wenn sich etwa bisher noch gar kein Gläubiger gemeldet hätte. Allein das ganze Geschäft ist noch gar nicht contentiöser Natur, sondern erscheint vielmehr als ein Act, welcher in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, ungefähr so, wie auch eine Protestation oder eine Renunciation vor Gericht erklärt, und um Bekanntmachung einer solchen Erklärung gebeten werden kann. Das eigentliche präparatorische Verfahren beginnt auch erst dann, wenn von Seite der Gläubiger auf den Concurs selbst, oder auf genauere Untersuchung der Vermögensverhältnisse angetragen wird. Die Insolvenzerklärung des Schuldners ist nur eine Veranlassung des präparatorischen Verfahrens.

[10]) Schweppe §. 108. nro. 3

[11]) Denn durch die wirkliche Concurseröffnung werden auf jeden Fall die Executionen zu Gunsten einzelner Gläubiger sistirt (§. 27). Wenn sich daher gleich späterhin ergäbe, daß keine Ueberschuldung vorhanden war, und folglich der angekündigte Concursproceß wieder aufgegeben würde, so

cher sich für insolvent erklärt, deßhalb doch nicht immer wirklich insolvent ist,[12]) so scheint es zweckmäßiger zu seyn, auch hier eine vorläufige Untersuchung einzuleiten, und erst dann den Concursproceß selbst durch ein Decret zu eröffnen, wenn die wirkliche Zahlungsunfähigkeit ermittelt und kein Abkommen anderer Art zu Stande gekommen ist.[13]) — Das Entfliehen eines mit Schulden Behafteten allein vertritt aber noch keineswegs die Stelle einer wirklichen Insolvenzerklärung. Der Richter hat also auch hier erst die Anträge der Gläubiger abzuwarten.[14]) — B) Der Schuldner ist bereits gestorben. In diesem Falle soll, der gewöhnlichen Ansicht zufolge, der Richter dann verbunden seyn, ein den Concurs vorbereitendes Verfahren einzuleiten, wenn sich ent-

---

wären doch die bereits mit rechtskräftigen Urtheilen versehenen Gläubiger mit ihrer Befriedigung ohne Noth eine Zeit lang hingehalten worden. Während des präparatorischen Verfahrens hingegen haben die Executionsverhandlungen in der Regel ihren ungestörten Fortgang. §. 27. not. 2.

[12]) Claproth Summar. Pr. S. 443.

[13]) Allg. jur. Zeitung a. a. O. Auch Linde (§. 431. not. 2.) scheint der hier angenommenen Ansicht beizupflichten. Wenn der Schuldner mit der Insolvenzerklärung auch den Antrag auf die Vortheile der cessio bonorum verbindet, was gewöhnlich geschieht, so müssen die Gläubiger ohnehin auf jeden Fall über die Zuläßigkeit dieser Vortheile gehört werden. — Die Rechtslehrer, welche in Folge der cessio bonor. sofort die Eröffnung des Concurses zulassen, bemerken für diesen Fall, daß den Creditoren ihre Einwendungen gegen das beneficium cessionis vorbehalten bleiben, Schweppe §. 110. a. E.

[14]) Lotz a. a. O. S. 92. — A. M. Schweppe § 107. Nro. 1. u. §. 108. Nro. 1. Claproth §. 295. C. — Schwankend scheint Puchta's Darstellung. §. 123.

weder Niemand zur Erbschaft meldet, oder wenn der vorhandene Erbe wenigstens nicht ohne beneficium inventarii antreten will.[15]) Allein es ist nicht abzusehen warum der Richter für die Gläubiger eines Verstorbenen mehr Sorge tragen soll, als für die Gläubiger eines noch Lebenden.[16]) Höchstens können die unbekannten Erben aufgefordert werden, sich zu melden, und selbst diese Aufforderung liegt, strenge genommen, außerhalb der Gränzen des Richteramtes.[17])

§. 46.

b) Inhalt und Zweck des präparatorischen Verfahrens.

Durch das präparatorische Verfahren soll actenmäßig ausgemittelt werden, ob in dem gegebenen Falle wirklich die Bedingungen des Concursprocesses vorhanden seyen, also insbesondere, ob wirklich auf Seite des Schuldners Insolvenz stattfinde? Um diesen Zweck zu erreichen, wird auf folgende Art verfahren; a) Haben die Gläubiger auf Eröffnung des Concurses angetragen, und ist dieser Antrag wenigstens durch Anführung geeigneter Thatsachen unterstützt,[1]) so soll zuvörderst der Schuldner darüber gehört werden. Widerspricht dieser die ihm vorgeworfene Zahlungs-Unfähigkeit,

---

[15]) Schweppe §. 107. Nro. 1. — Claproth §. 295.

[16]) Lotz a. a. O §. 92. — Vergl. Puchta §. 123.

[17]) Denn nur aus polizeilichen Gründen kann eigentlich diese Maßregel erklärt und gerechtfertigt werden.

[1]) Denn ein bloßes Gesuch ohne thatsächliche Begründung verdient eben so wenig eine Rücksicht, als ein Klageschreiben, in welchem zwar ein Petitum gestellt, aber keine Geschichts-Erzählung vorgetragen ist. Puchta §. 124.

so wäre eigentlich dem Imploranten der Beweis aufzulegen.[2]) Allein gewöhnlich wird dem Schuldner sogleich bei der Mittheilung des ersten Antrages der Gläubiger schon aufgegeben, binnen einer bestimmten Frist, bei Vermeidung der sofortigen Erkennung des Concurses einen genauen status activus und passivus vorzulegen, zumal dann, wenn die Ueberschuldung ohnehin schon wahrscheinlich ist.[3]) Ueber das eingereichte Vermögens- und Schulden-Verzeichniß werden sodann die bekannten Gläubiger vernommen, und wenn sich aus den wechselseitigen Erklärungen und Nachweisungen[4]) ergibt, daß wirklich das Vermögen selbst zur Befriedigung der bekannten Gläubiger nicht mehr[5]) hinreicht, so ist auf die

---

[2]) Denn die Gläubiger erscheinen als Kläger, wenn sie gegen den Schuldner auf Eröffnung des Concurses antragen.

[3]) Schweppe §. 108. — Puchta §. 124.

[4]) Bei der Prüfung des Activstandes müssen nöthigen Falles auch Sachverständige, z. B. Schätzleute, Oekonomen, Handelsverständige u. dgl. beigezogen werden.

[5]) Einige Rechtslehrer halten die Eröffnung des Concursprocesses auch dann schon für zulässig, wenn nach Abzug der bekannten Schulden von dem Vermögen nur wenig Ueberschuß bleibt. Martin §. 323. — Claproth §. 441. — S. auch v. Gönner Hdb. IV. Abh. 82. §. 28. — Allein, nicht zu gedenken, daß man unter dieser Voraussetzung den Concursproceß nicht das Verfahren über die Vertheilung eines unzureichenden, sondern eines vermuthlich unzureichenden Vermögens nennen müßte, scheint jene Bestimmung zu unsicher und zu schwankend zu seyn, als daß sie dem Richter als Anhaltspunkt dienen könnte; und eine Verfügung, bei welcher nicht weniger als die ganze häusliche Existenz eines Menschen auf dem Spiele steht, sollte doch, wie ich glaube, mehr als irgend eine andere der Willkür des Richters entzogen werden. Die ge-

Eröffnung des Concursprocesses zu erkennen.[6]) — b) Erklärt sich der Schuldner selbst als insolvent, so ist diese Erklärung den von dem Schuldner angezeigten,[7])

---

wöhnlich beigefügte Bemerkung, daß der Richter hiebei mit großer Vorsicht verfahren soll, um sich dem Schuldner nicht verantwortlich zu machen, ist, — wie man mir gewiß zugeben wird, nicht viel mehr, als eine herkömmliche Redensart. — Dieß in theoretischer Hinsicht. Demzufolge, was in der Praxis geschieht, hat aber freilich jene Lehre noch wenige Schuldner vor der Zeit auf die Gant gebracht. (S. die folg. Note.) Ungleich besser würde es seyn, wenn man den Concurs zwar nur bei hergestellter Insolvenz, in diesem Falle aber schneller und nachsichtsloser eröffnen ließe, als gewöhnlich geschieht.

[6]) Daß vor der wirklichen Eröffnung des Concurses die Abwendung desselben versucht werden soll (J. B. v. Welsch Hdb. des bayer. Univ. Conc. Erl. 1819. §. 16), ist an sich allerdings richtig. Wenn aber auch die hoffnungslosesten Projecte des Schuldners oder seines Anwaltes aus mißverstandener Menschlichkeit dazu benutzt werden, die wirkliche Concurseröffnung hinauszuschieben, — so ist dieses gewiß nicht zu billigen. — Die Publication des Concurserkenntnisses geschieht übrigens vorerst nur an den Schuldner, und an die bekannten Gläubiger. Auch den unbekannten Gläubigern das decretum de aper. concursu jetzt schon per edictales bekannt zu machen, scheint überflüssig zu seyn, indem sie durch ihre Intervention den Concurs doch nicht abwenden könnten, weil, schon den bekannten Gläubigern allein gegenüber, eine Ueberschuldung vorliegt. — Daß aber auf solche Art den unbekannten Gläubigern der Zeitpunkt des Anfanges des förmlichen Concurses erst späterhin durch die Edictalcitation bekannt wird, hat für sie keine nachtheilige Folge, da die Edictalladung ohnehin sogleich nach dem Eintritte der Rechtskraft des decret. de aper. conc. verfügt wird.

[7]) Sollte noch gar kein Gläubiger gerichtliche Klage erhoben,

und dem Gerichte durch bereits angestellte Klagen ohnehin schon bekannten Gläubigern zu eröffnen, und sodann abzuwarten, welche Anträge von ihrer Seite gestellt werden. — Sollte die Eröffnung von allen Gläubigern mit Stillschweigen umgangen werden, — (ein Fall, welcher sich freilich kaum ereignen wird) so setzt sich der Richter keiner Verantwortung aus, wenn er die Sache auf sich beruhen läßt, und nur die einzelnen Schuldprocesse ordnungsmäßig fortsetzt.[8]) Dringen alle Gläubiger auf Eröffnung des Concurses,[9]) so kann nun ohne Weiteres das decretum de aperiundo concursu erlassen werden.[10]) Sollten aber alle, oder auch nur

---

und auch der Schuldner keine genügende Anzeige gemacht haben, so ist der Letztere vor Allem noch aufzufordern, ein Verzeichniß seiner sämmtlichen Gläubiger zu überreichen. — In der Praxis wird jedoch gewöhnlich sogleich eine Edictalcitation verfügt, und man sucht diese Verfügung durch die Analogie des Provocationsprocesses zu rechtfertigen. Lotz im Arch. für civil. Prax. III. S. 84. — Wenn man aber auch diese Analogie gelten läßt, so ist doch jene Edictalcitation noch kein Bestandtheil des Concursprocesses, sondern nur eine Convocation der Gläubiger zur Instruction des präparatorischen Verfahrens.

[8]) Denn der Schuldner hat nicht das Recht, die Gläubiger zum Concursprocesse zu zwingen. Nur die Gläubiger sind berechtiget, darauf anzutragen. Hat daher der Richter den Letzteren durch die Mittheilung der Insolvenzerklärung Anlaß gegeben, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, und sie machen doch keinen Gebrauch davon, so haben sie sich die Schuld selbst beizumessen, wenn nachtheilige Folgen daraus für sie entspringen.

[9]) Dieser Fall wird aber auch selten vorkommen. Denn einige Gläubiger haben beinahe immer ein Interesse dabei, es nicht zum Concurse kommen zu lassen.

[10]) Ohne den Schuldner noch vorher zu hören. Denn er hat

einige Gläubiger die angebliche Insolvenz des Schuldners in Zweifel stellen, und daher auf eine genauere Untersuchung der Vermögensverhältnisse antragen, so muß dieser Antrag berücksichtigt, die verlangte Untersuchung eingeleitet und das Concursdecret so lange ausgesetzt werden, bis die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners außer Zweifel gesetzt ist. — Gegen das decretum de ap. conc. sind übrigens alle gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig,[11]) und die ordentlichen Rechtsmittel haben auch hinsichtlich der Frage, ob der Concursproceß zu eröffnen sey, den Suspensiveffect.[12]) Nur die Fort-

---

bereits durch die Insolvenzerklärung dazu eingewilliget. Auch kann in diesem Falle der Schuldner gegen die Eröffnung des Concurses aus dem eben angeführten Grunde kein Rechtsmittel gebrauchen.

[11]) Linde §. 431 a. E.

[12]) v. Gönner a. a. O. §. 25. Nro. 6. — Schweppe §. 110. — Auch Martin (§. 326. not. e) a. E. scheint die Versagung des Suspensiveffectes nur auf die provisorischen Maßregeln zu beschränken. — Interventionen Dritter, welche einen Theil des vorhandenen Vermögens als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen, können den Concursproceß nie aufhalten. Denn solche Prätendenten können ja auch nach eröffnetem Concursverfahren noch als Vindicanten auftreten, und ihre Ansprüche, wenn sie gegründet sind, machen nur die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch evidenter. Sollte aber ein Dritter, als Principalintervenient, die ganze Habe des Gemeinschuldners als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, so wäre es allerdings unzweckmäßig, dessen ungeachtet ohne Weiteres den Concursproceß zu eröffnen, weil es, — die Richtigkeit jenes Anspruches vorausgesetzt, — an einer Concursmasse fehlen würde. In diesem Falle müssen daher vorerst noch die Gläubiger mit ihren Erinnerungen gehört werden. Erkennen sie das Recht des Intervenienten als liquid an, so werden sie ohnehin

dauer provisorischer Maßregeln kann dadurch nicht aufgehoben werden.

§. 47.

Provisorische Maßregeln.

Daß der Richter, — wenn der Concursproceß einmal gehörig eröffnet ist, die nöthigen Schritte zur Sicherstellung der Masse thun darf und thun soll, ist keinem Zweifel unterworfen. Nicht eben so einstimmig sind die Meinungen hinsichtlich der Frage, inwiefern er schon vor der Eröffnung des Concurses dergleichen provisorische Maßregeln zu treffen berechtiget oder verpflichtet sey. [1]) In zwei Fällen kann freilich diese Verpflichtung des Richters nicht in Abrede gestellt werden nämlich 1), wenn die Gläubiger selbst, — seyen es auch nur Einige, oder gar nur Einer, — gestützt auf die bescheinigte Existenz einer hinreichenden Gefahr, darauf antragen; [2]) und 2), wenn dem Gericht die Sorge für die Erhaltung des Vermögens — (die amtliche cura bonorum) — übertragen ist, wie z. B. bei Erbschaften, für welche sich noch kein Erbe gemeldet hat. Außer diesen beiden Fällen läßt sich aber nach ge=

---

ihren früheren Antrag auf Concurseröffnung selbst zurücknehmen. Im entgegengesetzten Falle hingegen ist auf Begehren der Gläubiger der Concurs ungeachtet der Intervention zu eröffnen, und es bleibt dem Intervenienten überlassen, zur Sicherstellung seiner Ansprüche die sonst geeigneten provisorischen Maßregeln in Antrag zu bringen. Vergl. Schweppe §. 110. not. 1.

[1]) Vergl. Puchta §. 125 u. 123. — Schweppe §. 109. Lotz im Arch. III. S. 91.

[2]) Denn auf gehörig begründete Anträge der Berechtigten hat der Richter auch sonst die Verpflichtung, angemessene Provisionalverfügungen zu treffen.

meinem Rechte kaum behaupten, daß sich der Richter durch Unterlassung geeigneter Provisorien einer Verantwortlichkeit aussetze. — Wenn man, um das Gegentheil zu vertheidigen, anführt, daß dem Staate daran liege, Gefahr von seinen Bürgern wenigstens in dem Falle durch obrigkeitliche Gewalt auch unaufgefordert abzuwenden, wenn augenblickliche Hindernisse der freien Thätigkeit der Parteien in Besorgung ihrer Angelegenheiten eintreten, um dadurch zu verhüten, daß nicht die nachher erst implorirte Hülfe zu spät komme; — so scheint dabei nicht beachtet zu werden, daß, wenn dieses Interesse des Staates schon hinreichend wäre, eine Pflicht für den Richter zu erzeugen, demselben noch gar viele andere Pflichten obliegen müßten, zu deren Anerkennung sich gewiß die Vertheidiger jener Ansicht selbst nicht verstehen würden.[3]) —

[3]) Z. B. der Richter hätte auf zuverlässige Art in Erfahrung gebracht, daß ein Gerichtsunterthan mit beträchtlichen Schulden beladen sey, außer seinem Mobiliarvermögen durchaus nichts besitze, und nun im Begriffe stehe seine Mobilien zu verkaufen. Consequent müßte hier, nach dem im §. angeführten Grundsatze, der Verkauf von Amtswegen untersagt werden. Ich bin aber überzeugt, daß der Richter — wegen der Unterlassung dieses Verbots, auch wenn seine Wissenschaft von der Lage der Dinge vollständig erwiesen wäre, doch nirgendwo in Teutschland als haftungsverbindlich verurtheilt werden würde. — A. M. Puchta §. 125. Vergl. aber §. 121. und §. 124. unten. — Die polizeiliche Seite des Richteramtes in Teutschland gewährt in Verhältnissen dieser Art keine festen Anhaltspunkte zur Begründung klagbarer Verbindlichkeiten. Je mehr in das arbitrium eine Obrigkeit gestellt ist, desto leichter kann sie sich verantworten. — Man beruft sich zwar auf die P. O. von 1577 Tit. 23. §. 3. Allein dort ist nicht gesagt, daß die Obrigkeit von Amtswegen, ohne Requisition und Aufforderung einzuschreiten habe.

Sogar im Falle einer Insolvenzerklärung von Seite des Schuldners ist der Richter noch keineswegs verpflichtet, sofort mit provisorischen Verfügungen einzuschreiten,[4]) sondern auch hier hat er die Anträge der von dieser Erklärung in Kenntniß gesetzten Gläubiger abzuwarten; es müßte denn seyn, daß der Schuldner selbst die Fürsorge und Obhut über sein Vermögen dem Gerichte übertragen, und dieses sich aus besondern Gründen[5]) bewogen gefunden hätte, die cura bonorum zu übernehmen. — Welche Provisorien übrigens da, wo solche vorzukehren sind, gewählt werden sollen, hängt von den Umständen ab. — Gerichtliche Deposition, Obsignation und Inventarisirung, Beschlagnahme auf Activforderungen, und Aufstellung eines interimistischen Curators sind die gewöhnlichen Mittel, aus welchen das Gericht die passendsten für den gegebenen Fall zu wählen hat.[6])

§. 48.

Von dem Concursverfahren selbst.

Sobald der Concursproceß rechtskräftig[1]) erkannt ist, hat das Gericht jedenfalls, und ohne daß es

---

[4]) A. M. Puchta §. 125. verb. m. §. 123 nro 1.

[5]) Z. B. weil sich der Schuldner für unfähig erklärte, fernerhin selbst sein Vermögen zu verwalten, und daher um die Bestellung einer cura nachsuchte.

[6]) Vergl. Puchta §. 146 bis 150. — Ueber die Sistirung der Execution zu Gunsten einzelner Gläubiger s. oben §. 27 not 2.

[1]) Insbesondere die Verfügungen, welche auf die definitive Ausmittelung des Schuldenstandes abzielen, nämlich Aufstellung eines Contradictors und Edictalladung der Gläu-

hiezu einer besonderen Aufforderung bedürfte, [2]) I. unverzüglich für die Sicherstellung der Activmasse[3]) zu sorgen, wenn nicht allenfalls in dieser Beziehung schon während des präparatorischen Verfahrens die nöthigen Maßregeln ergriffen worden sind; und II. die geeignete Einleitung zur genauen Herstellung des Passivstandes zu treffen. In der ersten Beziehung ist vor Allem das vorhandene Vermögen zu inventarisiren. [4]) — Die vorhandene Baarschaft, Kostbarkeiten und Papiere werden in gerichtliche Verwahrung genommen; die sonstigen Mobilien, insofern es thunlich ist, [5]) und sich dieselben ohne

---

biger, können zweckmäßig vor eingetretener Rechtskraft des decret. de aper. concursu nicht getroffen werden, weil es doch möglich ist, daß durch den Gebrauch eines Rechtsmittels der Concurs abgewandt wird.

[2]) Schweppe §. 111.

[3]) Vergl. darüber; Martin §. 327. — Schweppe §. 112. — Puchta §. 146 flg. — Linde §. 435.

[4]) Linde §. 435. not. 4. A. M. Schweppe §. 122, welcher die Herstellung des Inventars bis nach geschehener Wahl des curator bon. verschoben wissen will, um demselben durch die Zuziehung des Curators bei diesem Acte eine größere Beweiskraft zu verschaffen. Wenn man aber erwägt, wie leicht mittlerweile eine Gefährde stattfinden kann, — und daß bei der Ueberantwortung des Vermögens an den Curator ein bereits vorhandenes Inventar die beste Grundlage bildet, so verdient gewiß die hier vorgetragene Meinung den Vorzug. — Von selbst versteht sich jedoch, daß bei der Ueberweisung des Vermögens an den Curator das früher schon errichtete Inventar mit dem dermaligen Vermögensstande verglichen und darnach berichtiget werden muß.

[5]) Ueber Sachen, bei welchen es nicht thunlich ist, z. B. bei vorhandenem Vieh, ist dem interimistischen Verwalter oder einem besondern Wärter die nöthige Obhut zu übertragen.

Gefahr des Verderbens aufbehalten lassen,[6]) unter Siegel gelegt; die Besorgung etwa vorhandener landwirthschaftlicher oder anderer Gewerbe wird einem interimistischen[7]) Administrator übertragen, dem deßhalb eine den Umständen angemessene Instruction ertheilt werden soll;[8]) dem Schuldner selbst wird unter Androhung nachdrücklicher Strafen jede weitere Vermögens-Disposition untersagt; auch soll, wenn die Fortdauer seines Besitzes mit Gefahr für die Gläubiger verbunden ist, sofort dessen Exmission verfügt werden.[9]) — Zugleich werden die Zahlungen an den Schuldner, bei Vermeidung der Nichtigkeit, also wiederholter Zahlung[10]) verboten, was allerdings auch durch öffentliche Bekanntmachung geschehen kann;[11]) — und alle Executionen zu Gunsten einzelner Gläubiger sistirt. — Die Einleitung zur Liquidation des Passivstandes geschieht aber durch die Aufstellung des Contradictors[12]) und durch die Erlassung der Edictalcitation.

---

[6]) Was sich nicht aufbewahren läßt, soll sogleich versteigert werden. Martin §. 327 not. c.

[7]) Denn die definitive Wahl des Güterpflegers steht den Concursgläubigern zu, welche man erst im Liquidationstermine vollständig kennen lernt.

[8]) Schweppe §. 112.

[9]) Gewöhnlich wird freilich damit gezögert, auch da, wo es nothwendig wäre, den Schuldner zu entfernen, besonders wenn er Familie hat.

[10]) Puchta S. 317.

[11]) Vergl. Schweppe §. 121 u. dagegen Puchta §. 150.

[12]) S. oben §. 42. Die Bestellung des Contradictors ist übrigens jetzt schon nothwendig, damit er sich auf die Liquidationsprocesse gehörig vorbereiten kann.

§. 49.

Edictalcitation.

Die Edictalcitation im Concursprocesse ist die öffentliche Ladung aller Gläubiger zur Anmeldung [1]) ihrer Forderungen. — Sie ist jetzt [2]) unerläßlich nothwendig, und kann auch durch ein eidlich bekräftigtes Schuldenverzeichniß des Cridars nicht entbehrlich gemacht werden. [3]) Der Inhalt dieser Ladung ist theils wesentlich, theils nur zufällig. — Wesentlich [4]) ist a) die Nachricht von der geschehenen Concurseröffnung; [5]) b) die Aufforderung der Gläubiger selbst zur Anmeldung ihrer Forderungen; c) die

---

[1]) Denn daß die Gläubiger auch sogleich den Beweis ihrer Forderungen anzutreten schuldig seyen, läßt sich nach gemeinem Rechte nicht behaupten. Daher ist auch der Ausdruck „Professionstermin" passender für die in der Edictalladung angesetzte Tagefahrt, als der gewöhnliche „Liquidationstermin." Schweppe §. 111.

[2]) Dem Römischen Rechte ist die Edictalcitation im Concurse fremd. S. oben §. 18. II. u. §. 19. not. 9.

[3]) Denn auch abgesehen von den Bedenklichkeiten gegen die Aufrichtigkeit des Schuldners, würde ein solches Verzeichniß schon deßwegen nicht als zuverläßig erscheinen, weil ein Schuldner in dieser Lage selten genaue Auskunft über seinen Passivstand geben kann. — Schweppe §. 113. nro. 3. — Geladen müssen aber alle Gläubiger werden, weil sonst die Nichtgeladenen durch spätere Dazwischenkunft das Verfahren stören, ja selbst den Zweck desselben gänzlich vereiteln könnten.

[4]) v. Gönner Hdb. IV. S. 581.

[5]) Gewöhnlich wird auch die Veranlassung beigefügt, z. B. ob der Concurs in Folge einer Insolvenzerklärung des Schuldners oder auf Antrag der Gläubiger eröffnet worden sei.

Bestimmung der Zeit,[6]) zu welcher sie erscheinen sollen, und d) die Androhung der Präclusion gegen die Ausbleibenden.[7]) — Nicht gerade wesentlich, aber doch in den meisten Fällen zweckmäßig ist es, den Gläubigern sogleich in der Edictalladung schon zu eröffnen, daß sie sich zur Wahl eines curator bonorum vorzubereiten und auf Vergleichsvorschläge gefaßt zu machen haben.[8]) Läßt sich jetzt schon der Vermögensstand mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben, so ist es sehr rathsam, auch hievon in der Edictalladung Erwähnung zu thun, weil dadurch jenen Gläubigern, welche bei diesem Stande der Dinge doch in keinem Falle mehr zum Zuge gelangen werden, wenigstens die nutzlosen Kosten der Theilnahme an dem Concursprocesse erspart werden können.[9])

---

[6]) Ob eine Tagefahrt, oder eine Frist bestimmt werden soll, hängt, — insofern nicht Landesgesetze das Eine oder das Andere ausdrücklich vorschreiben, — von den Umständen ab. — Will man mit dem Zwecke der Anmeldung auch den Versuch eines Arrangements durch Vergleich verbinden, oder zugleich den curator bonorum wählen lassen, so muß wohl eine Tagefahrt angesetzt werden, und in diesen Fällen ist auch die Stunde der Zusammenkunft auszudrücken. Außerdem kommt es aber darauf an, ob man eine sehr zahlreiche Creditorschaft zu erwarten hat oder nicht. — In der Regel wird wohl eine Tagefahrt ausreichen. — Vergl. Schweppe §. 113. — Auf jeden Fall ist der Termin weiter hinauszusetzen als gewöhnlich, besonders dann, wenn man Grund hat, Gläubiger aus der Ferne zu erwarten. Gewöhnlich wird das sonst übliche Fristenmaß verdreifacht.

[7]) Die Ladung ist daher eine peremtorische. — Indessen bezieht sich die Präclusion doch nur auf die Ansprüche an die gegenwärtige Concursmasse.

[8]) Schweppe §. 113.

[9]) Puchta S. 406. nro. 4. — Schweppe §. 113.

Außerdem ist es auch ziemlich allgemein üblich, nicht bloß die eigentlichen Concursgläubiger, sondern auch die s. g. Vindicanten zur Anbringung ihrer Ansprüche peremtorisch[10]) aufzufordern, um die Activmasse schneller ins Reine bringen zu können.[11]) — Die Publication der Edictalladung geschieht jetzt[12]) allenthalben durch Einrückung derselben in öffentliche Zeitungsblätter, bei deren Aus-

---

[10]) Diese Ladung ist freilich auch anomal, wie die Edictalcitation der unbekannten Concursgläubiger. Denn der Gesichtspunkt der provocatio ex leg. Diff. paßt nicht darauf, theils weil hier keine Diffamation vorausgesetzt wird, theils auch weil die Provocaten persönlich unbekannt sind. Indessen sprechen doch eben so starke Gründe der Zweckmäßigkeit für diese Ladung wie für die Edictalcitation der Gläubiger. — Ein besonderes Präjudiz wird übrigens Denjenigen, welche ad vindicandum aufgefordert werden, gewöhnlich nicht angedroht, sondern die Drohung geht bei ihnen, wie bei den eigentlichen Gläubigern auf Präclusion von dieser Concursmasse. Allein dieses Präjudiz ist in Bezug auf die, welche vindiciren könnten, offenbar unpassend. Denn, wer nicht aus der Concursmasse befriedigt werden will, kann durch den Ausschluß von derselben nicht bestraft werden. Angemessener würde es seyn, die Drohung dahin zu richten, daß man im Falle des Ausbleibens die etwaigen Objecte der Vindication als Bestandtheile der Concursmasse behandeln nnd veräußern würde, und daß den Nichterschienenen die Anfechtung solcher Dispositionen benommen seyn soll.

[11]) Puchta §. 156. a. E. Uebrigens sollen die Vindicanten ausdrücklich als solche neben den Gläubigern vorgeladen und nicht durch den allgemeinen Ausdruck „aller ex quocunque titulo Berechtigten" mit den Letzteren zusammengefaßt werden. — Schweppe §. 113 nro. 5.

[12]) In früheren Zeiten geschah die Bekanntmachung durch Anheftung des Proclams an zwei oder drei Orten, nach der Analogie des Landfriedens von 1548 Tit. 14 §. 1. — Am

wahl auf die jedesmaligen Umstände [13]) Rücksicht zu nehmen ist. — Ob diese generelle, öffentliche Ladung auch die dem Gerichte bereits bekannten Gläubiger binde, oder ob nicht diese neben der Edictalcitation noch besonders und namentlich geladen werden müssen, ist eine auch neuerlich wieder angeregte Streitfrage. — Wegen der bloß subsidiären Zulässigkeit öffentlicher Ladungen [14]) halten jedoch die meisten Rechtslehrer [15]) eine specielle Ladung der bekannten Gläubiger für nothwendig, und die Praxis folgt ebenfalls dieser Ansicht, obwohl sich dieselbe wegen der Unbestimmtheit des Begriffes [16]) eines „bekannten" Gläubigers von Seite der Zweckmäßigkeit eben nicht sonderlich empfiehlt.

Gerichtsbrette des Concursgerichts wird übrigens das Proclam auch jetzt noch gewöhnlich angeheftet.

[13]) Wenn z. B. auswärtige Gläubiger zu erwarten sind, so wird die Edictalladung auch in die passenden auswärtigen Blätter eingerückt. — Gewöhnlich wird übrigens die Einrückung dreimal wiederholt (vergl. Dabelow S. 524), und das Exemplar des öffentlichen Blattes, in dem die Edictalladung enthalten ist, zum Beweise der geschehenen Citation zu den Acten gebracht.

[14]) Clem. 1. (2. 1.)

[15]) Danz §. 178. not. b. — Martin §. 328. not. b. — Schweppe §. 113. nro. 13. — Puchta §. 157. — Linde §. 436. — A. M. ist v. Gönner Hdb. IV. 82. §. 30. und besonders Hassenpflug in der Themis v. Elvers Bd. I. S. 135 flg. — Dagegen aber wieder Freih. v. Zu-Rhein Beiträge zur Gesetzgebung. II. Bd S. 139. flg.

[16]) Vergl. z. B. über diesen Begriff Schweppe a. a. O. und Martin §. 328. not. b.

§. 50.

Wer muß im Professionstermine erscheinen?

Wenn in der Edictalladung nicht ausdrücklich auch andere Prätendenten zur Erscheinung in diesem Termine aufgefordert worden sind, [1]) so wirkt dieselbe nur auf Solche, welche schon vor der Eröffnung des Concurses Gläubiger des Gemeinschuldners waren, und welche rücksichtlich ihrer Forderungen aus Dem befriedigt werden wollen, was gegenwärtig zu dem Vermögen des Schuldners gehört. Nur diese sind Concursgläubiger im eigentlichen Sinne des Wortes. Alle übrigen brauchen sich entweder gar nicht in den Concurs einzulassen, und folglich auch nicht im Professionstermine zu erscheinen; [2]) — oder ihr Erscheinen nützt ihnen nichts. [3]) Gar nicht zu melden brauchen sich I. alle Diejenigen, deren Ansprüche und Forderungen nicht gegen den Gemeinschuldner gerichtet sind, also namentlich 1) die Gläubiger, welche durch ein mit den Concurscreditoren selbst oder mit dem curator bonorum eingegangenes Rechtsverhältniß eine Forderung erworben haben. [4]) Denn ihr Schuldner ist nicht der Cridar, sondern das Corps der Concursgläubiger. 2) Solche, welche in Folge einer der Concursmasse, oder einzelnen dazu gehörigen Gütern an=

---

[1]) S. den vorigen §.

[2]) d. h. es bringt ihnen keinen Nachtheil, wenn sie diesen Termin vorübergehen lassen. Sie können ihre Ansprüche doch geltend machen.

[3]) d. h. sie können sich dadurch keine Aussicht auf Befriedigung aus der Concursmasse eröffnen, daß sie sich im Professionstermine melden.

[4]) S. darüber besonders Schweppe §. 64.

klebenden Reallast etwas zu fordern haben, z. B. der Fiscus rücksichtlich der Steuern und öffentlichen Abgaben,[5]) der dominus hinsichtlich des Canons von einer Emphyteuse, oder des Solariums von einer superficies;[6]) Der, welcher ein Erbegeld zu fordern hat[7]) u. dergl. 3) Selbst die Kosten der Beerdigung des Cridars,[8]) die Alimentationskosten für denselben, insofern er z. B. wegen der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Competenz darauf Anspruch hat,[9]) und bei Concursen über das Vermögen einer universitas alles, was während des Concurses zur Erhaltung der universitas nöthig ist,[10]) werden den Masselasten beigezählt. Alle unter nro. 1, 2 u. 3 aufgezählten Prätendenten pflegt man Massegläubiger zu nennen. Für die unter nro. 1 angeführten würde aber der Ausdruck „Gläubiger der Concurscreditoren" passender seyn. Denn, wenn die Con-

---

[5]) Denn für solche Abgaben haftet nicht die Person des Schuldners, sondern der jeweilige Besitzer des belasteten Gutes. Fr. 7 pr. D. (39. 4.) — Fr. 36. D. (49. 14.) — Abgaben dieser Art, welche schon vor dem Ausbruche des Concurses im Rückstande geblieben waren, müssen jedoch von dem Fiscus liquidirt werden. Denn ein, wenn auch privilegirtes Pfandrecht befreit jetzt nicht mehr von der Einlassung auf den Concurs. — Mackeldey §. 779. not. d. A. M. Schweppe §. 41. lit. a.

[6]) Fr. 15. D. (20. 4.) — Fr. 31. D. (20. 1.) — Fr. 17. D. (13. 7.) — Schweppe §. 41. lit. b. — Vergl. Mackeldey §. 779. not. d.

[7]) S. darüber Schweppe §. 41. nro. 3. und Mackeldey §. 779. nro. 5. und die in der Note e) angeführten Schriftsteller.

[8]) Schweppe §. 40. nro. 2.

[9]) Schweppe §. 40. nro. 1.

[10]) Derselbe §. 40. nro. 3.

cursmasse zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht, so müssen die Concurscreditoren ihr eigenes Vermögen daransetzen. [11])

§. 51.

Fortsetzung.

II. Außerdem brauchen sich auch im Professionstermine nicht zu melden alle Diejenigen, welche nur Etwas wollen, was ohnehin dem Gemeinschuldner nicht angehört. [1]) Daß es gerade ihnen selbst angehöre, ist dabei keineswegs nothwendig, sondern es reicht hin, wenn sie nur irgend ein klagbares Recht auf Herausgabe solcher Sachen haben, sey dieses auch bloß ein persönliches. [2]) Wohl aber wird immer vorausgesetzt, daß sich die Gegenstände, auf welche der Anspruch gerichtet ist, noch in natura bei der Masse befinden. Denn sonst muß auf das Interesse oder auf die aestimatio rei geklagt werden, und hiefür kann man aus dem eigenen Vermögen des Gemeinschuldners Befriedigung erhalten. Wer also nicht gewiß weiß, daß die Sache, welche er will, noch in natura vorhanden ist, thut klug, wenn er sich eventualiter auch als Concursgläubiger meldet. [3]) — Die Anwendung dieser allgemeinen Grund-

---

[11]) Schweppe §. 64.

[1]) c. 3. C. (7. 71.) c. 1. C. (7. 73.) — Vergl. oben §. 25.

[2]) Schweppe §. 44. lit. D — Mackeldey §. 777. not. bb. — Kori I. §. 80. not. 480. — Auch Dabelow S. 590. I. ist dieser Ansicht. Nur drückt er sie freilich nicht gut aus. Eine andere, noch bestimmtere Fassung des im Texte enthaltenen Satzes ist vorgeschlagen in Richters Jahrb. 1837. S. 528.

[3]) Gensler im Arch. f. civ. Prax. II. Seite 352 not. 8. — Kori I. §. 80. a. E.

sätze führt zu folgenden Resultaten: 1) Wer eine einzelne, in der Masse befindliche Sache als Eigenthümer vindiciren oder mit der Publiciana in rem actio verfolgen will, braucht im Liquidationstermine nicht zu erscheinen,[4]) also namentlich auch nicht a) der Verkäufer, welcher, ohne zu creditiren, die Sache tradirt, aber den Kaufpreis noch nicht erhalten,[5]) oder zwar Credit gegeben, aber bis zur Zahlung sich das Eigenthum reservirt hat;[6]) b) die Ehefrau, rücksichtlich der noch in Natur vorhandenen Dotal- und Paraphernalsachen.[7]) Eben so wenig braucht sich 2) zu melden, wer mit der hereditatis petitio eine bei der Masse befindliche Erbschaft herausfordern,[8]) oder 3) entwendete, geliehene oder deponirte Sachen zurückfordern will.[9]) Gewöhnlich

---

[4]) Gensler a. a. O. not. 6. — Auch wer noch ein possessorisches Rechtsmittel anwenden kann, braucht sich nicht in die Reihe der Concursgläubiger zu stellen.

[5]) §. 41. J. (2. 1.) — Fr 19. 53. D. (18. 1.) — S. oben §. 32. not. 4.

[6]) Mackeldey §. 777. not. d. — Schweppe §. 44. nro. 5.

[7]) c. 29. u. 30. C. (5. 12.) Mackeldey a. a. O. nro. 4. — Die im §. ausgezeichneten Fälle sind übrigens bloß beispielsweise angeführt. Auch außer diesen Fällen kann der Berechtigte als Vindicant auftreten, insofern die allgemeinen Voraussetzungen zusammentreffen. Siehe z. B. Schweppe a. a. O. nro. 8. Mackeldey §. 777. nro. 5. — Kori §. 78.

[8]) Schweppe §. 44. nro. 3. — Mackeldey §. 777. Lit. B.

[9]) Vergl. Fr. 24. §. 2. D. 42. 5. — Daß die Inhaber einer Servitut nicht als Concursgläubiger aufzutreten brauchen, ist allerdings richtig. Allein Servituten sind, gleich den Reallasten, onera der Masse, weßhalb auch der Berechtigte mehr den s. g. Massegläubigern, als den Vindicanten beizuzählen ist. — Ueber das Separationsrecht des

nennt man alle diese Personen „Vindicanten" (auch wohl Separatisten jure dominii), [10]) obgleich dieser Ausdruck auf die unter Nro. 3. Angeführten eigentlich nicht paßt. — Nutzlos ist das Erscheinen im Professionstermine a) solchen Gläubigern, welche zwar aus dem Vermögen des Gemeinschuldners befriediget werden möchten, und auch wirklich eine Forderung gegen ihn haben, aber eine solche, deren Urspung in die Zeit nach dem eröffneten Concurse fällt. — Denn, wer sich nach dem Ausbruche des Concurses noch mit dem Gemeinschuldner einläßt, muß sich lediglich an ihn halten; auf die Concursmasse hat er keinen Anspruch mehr, weil der Cridar zum Nachtheile derselben keine Disposition mehr treffen darf. b) Eben so wenig kann die Meldung im Termine solchen Personen nützen, welchen es bloß [11]) darum zu thun ist, einen persönlichen Dienst, eine Handlung von Seite des Gemeinschuldners zu erzwingen; oder welche c) nur einen Anspruch auf gesetzliche Alimente, oder auf eine gesetzliche dos zu machen haben; [12]) oder welche d) ihre Forderung bloß auf eine erst nach ausgebrochenem Concurse eintretende mora gründen können. [13]) — Daß die Anmeldung nicht klagbarer, oder

---

Hypothekgläubigers, dem eine bei der Masse befindliche Sache verpfändet worden war, ehe sie noch in das Eigenthum des Gemeinschuldners überging, s. oben §. 21. not. 10 und die Literatur bei Mackeldey §. 777. not. m.

[10]) S. darüber Kori I. §. 80. a. E.

[11]) Denn wer nicht auf die persönliche Dienstleistung selbst, sondern auf das Interesse klagen will, muß sich allerdings als Concursgläubiger melden.

[12]) Schweppe §. 49. nro. 5. Mackeldey §. 780. nro. 4.

[13]) Denn nach der Eröffnung des Concurses darf der Schuldner nicht mehr zahlen. Daher laufen auch während des

wohl gar reprobirter Forderungen auch im Concursprocesse keinen Erfolg haben kann, versteht sich von selbst.

§. 52.

Fortsetzung.

Alle übrigen Forderungen aber müssen im Concurse angemeldet werden, wenn anders der Gläubiger nicht auf seine Befriedigung aus der Concursmasse Verzicht leisten will, ohne Unterschied, 1) ob der Cridar als Hauptschuldner, oder nur als Intercedent erscheint;[1]) 2) ob die Forderung schon fällig ist, oder nicht;[2]) 3) ob, bei bedingten Ansprüchen, die Bedingung schon eingetreten ist, oder noch schwebt.[3]) — Auch der Umstand, daß ein

---

Concurses keine Verzugszinsen. — S. Schweppe §. 50. — Mackeldey §. 780. lit. C.

[1]) Sollte der Hauptschuldner noch nicht ausgeklagt worden seyn, so kann freilich dem Gläubiger die exceptio ordinis entgegengesetzt werden. Allein auch in diesem Falle wird durch die erventuelle Anmeldung der Regreß an die Concursmasse salvirt, wenn der Versuch, von dem Hauptschuldner befriediget zu werden, ohne Erfolg bleiben sollte.

[2]) Arg. Fr. 4. pr. D. (42. 6.) — Dabelow S. 527. — Schweppe §. 49. — Martin §. 329 not. b. — Daher müssen auch Forderungen auf terminweise zu entrichtende Präſtationen für ihre ganze Dauer angemeldet werden.

[3]) Nur dann, wenn die Erfüllung der Bedingung lediglich von der Willkür des Schuldners abhängt, nützt die Anmeldung nichts, gesetzt auch, daß der Schuldner jetzt die nöthige Willenserklärung gegeben hätte. — Arg. Fr. 9. §. 1. D. (20. 4.) Im übrigen versteht sich von selbst, daß ein Gläubiger sub die oder sub conditione, so lange der dies oder die conditio noch nicht eingetreten ist, nicht auf wirkliche Befriedigung aus der Masse dringen kann. Nur Sicherstellung durch Aussetzung einer entsprechenden Summe

Gläubiger bereits vor der Eröffnung des Concurses seine Klage bei demselben, oder bei einem andern Gerichte anhängig gemacht hatte, befreit ihn nicht von der Verbindlichkeit, seine Forderung im Liquidationstermine wenigstens anzumelden. [4])

§. 53.

Verhandlungen im Professionstermine.

Im Professionstermine selbst müssen I. alle Anmeldungen der erschienenen [1]) Gläubiger protokollirt werden. Dieses geschieht jedoch nicht so, daß man für jeden einzelnen Gläubiger ein eigenes Protokoll anlegt, sondern alle Anmeldungen werden der Reihe nach [2]) unter fortlaufenden Nummern in einem Generalprotokolle [3]) ver-

---

kann er verlangen. Die Liquidation solcher Forderungen geschieht demnach nur eventuell. — Dabelow S. 527. not. l. u. m.

[4]) Dabelow a. a. O. not. n u. S. 531. — A. M. Claproth §. 358. und Schweppe §. 116. nro. 4.

[1]) Ob die Gläubiger in eigener Person, oder durch bevollmächtigte Anwälte erscheinen müssen, oder ob nicht auch eine bloß schriftliche Anmeldung hinreiche, kann zwar nach Landesgesetzen zweifelhaft seyn (s. z. B. Frhr. von Zu-Rhein in seinen Beiträgen zur Gesetzgebung Heft I. S. 67 bis 76); nach gemeinem Rechte ist jedoch eine bloß schriftliche Anmeldung gewiß zuläßig. Linde § 436. not. 5. Schweppe §. 115. Wenn aber freilich im Professionstermine, wie gewöhnlich, auch ein Vergleich versucht und die Wahl des curator bonorum vorgenommen werden soll, so ist es zweckmäßig, auf persönliches Erscheinen zu bringen.

[2]) Ohne Rücksicht auf die etwa prätendirte Priorität.

[3]) Claproth §. 357. — Martin §. 329. — Schweppe §. 115. — Ein Formular s. in Gust. Ad. Martin vollst. Conc. Acten, vol. gen. III Nro. XIII. (59.)

zeichnet. Jede Anmeldung muß außer dem Namen des Gläubigers auch den Gegenstand, den Betrag der Forderung in Haupt- und Nebensache, so wie den Grund *) derselben enthalten. Daß die Gläubiger auch verpflichtet

*) Martin und Schweppe a. a. O. — Demnach erscheint jede einzelne Anmeldung als ein, — wenn auch kurzgefaßter, doch vollständiger Klagevortrag, welcher bei jedem Gläubiger die Grundlage des nachfolgenden speciellen Liquidationsprocesses bildet. Claproth §. 357. schlägt jedoch ein anderes Verfahren vor. Das Generalprotokoll soll nämlich weiter nichts als ein bloßes Verzeichniß der Gläubiger und ihre Forderungssummen enthalten. Die Ausführung des Grundes der Forderung, also der eigentliche Klagevortrag soll hingegen in die einzelnen Specialliquidationsprocesse verwiesen werden. — Dieser Vorschlag hat allerdings den Umstand für sich, daß man auf diese Art mit der Aufnahme der Anmeldungen in das Generalprotokoll schneller zu Ende kommt, und auch die übrigen Zwecke dieses Termins erfüllen kann, während bei dem gewöhnlichen Verfahren, — zumal wenn sich viele Gläubiger melden, — mit dem Aufzeichnen der einzelnen Vorträge so viel Zeit verloren geht, daß nicht selten mehrere Tage dazu verwendet werden müssen, und die Gläubiger sich mittlerweile wieder zerstreuen, ohne über die Wahl des Curators und dgl. etwas beschlossen zu haben. — Am zweckmäßigsten dürfte es seyn, in das Generalprotokoll weiter nichts aufzunehmen, als den Namen des Gläubigers und eine kurze Bezeichnung der Forderung, der Art und dem Betrage nach; den Gläubigern aber aufzutragen, die Ausführung sogleich schriftlich, — als Beilage zum Generalprotokoll zu überreichen. — S. die bayer. Novelle zur Gerichtsordnung vom 22. Julius 1819. §. 34. — Solche Gläubiger, welche ihre Klagen bereits bei diesem, oder bei einem anderen Gerichte schon vor der Eröffnung des Concurses anhängig gemacht haben, müssen zwar ihre Forderungen ebenfalls anmelden, brauchen aber keineswegs die Kla-

seyen, schon im Professionstermine den Beweis ihrer Forderungen anzutreten, selbst wenn sie in der Edictalladung nicht ausdrücklich hiezu aufgefordert wurden, läßt sich nach gemeinem[5]) Recht nicht behaupten.[6]) Gewöhnlich wird aber die Anticipation des Beweises den Gläubigern in der Edictalcitation vorgeschrieben. In diesem Falle werden sodann die producirten Urkunden, Rechnungen u. dgl. dem Generalprotokoll als Anlagen beigefügt.[7]) — Obgleich übrigens der Professionstermin zunächst nur dazu bestimmt ist, die vorhandenen Gläubiger und deren Ansprüche an sich, nicht auch schon das Rangverhältniß derselben untereinander kennen zu lernen, so ist es doch sehr zweckmäßig,[8]) die Creditoren in der Edictalcitation auch zur Stellung bestimmter Anträge über die Classification, welche sie für ihre Forderungen in Anspruch nehmen, aufzufordern.

---

gen zu erneuern. S. oben §. 34. Vergl. Claproth §. 358 a. E.

[5]) Particulargesetze machen es den Creditoren allerdings an manchen Orten zur Pflicht, den Beweis ihrer Ansprüche sub poena desert. schon im Liquidationstermine anzutreten, z. B. die bayerische Gerichtsordnung cap. 19. §. 10. nro. 2.

[6]) Danz. Grds. der sum. Proc. §. 183. not. b. (3te Ausg.) — Martin §. 331. not. k. — Seuffert im Arch. für civ. Pr. XI. S. 369. — A. M. Schweppe §. 115 wegen der summarischen Natur des Concursprocesses. Allein wenn auch die summarische Natur dieses Verfahrens zugegeben werden müßte, so würde doch daraus keineswegs folgen, daß sich die Nothwendigkeit der Anticipation des Beweises von selbst verstehe.

[7]) Martin §. 329.

[8]) Martin a. a. O. — Die Gründe warum es zweckmäßiger ist, die Classificationsanträge jetzt schon stellen zu lassen, werden sich später ergeben.

§. 54.

Fortsetzung.

Wenn alle Anmeldungen protokollirt sind, so trägt der Contradictor auf Präclusion der nicht erschienenen Gläubiger an, welche auch von dem Concursgerichte sogleich zu erkennen und zu publiciren ist.[1]) Die Beantwortung der einzelnen Ansprüche geschieht aber in der Regel nicht jetzt schon, sondern der Contradictor behält sich dieselbe vor.[2]) — Außer der Anmeldung und Aufzeichnung der Forderungen wird übrigens II. im Professionstermine auch der Versuch gemacht, durch Stundung oder Nachlaß einen Vergleich zu Stande zu bringen,[3]) und, wenn dieser Versuch fehlschlägt, so werden III. die Creditoren aufgefordert, den curator bonorum, und nöthigenfalls auch einen engeren Ausschuß zu wählen.[4]) IV. Auch Verhandlungen über die von dem Cridar in Anspruch genommenen Vortheile der cessio bonorum können hier vorkommen.[5])

---

[1]) Schweppe §. 118. — Das Nähere darüber unten.

[2]) Nur bei ganz unbedeutenden Concursen könnte das Liquidationsverfahren sogleich in diesem Termine schon fortgesetzt werden. Außerdem wird aber erst später in eigens dazu anberaumten Terminen über die Liquidität der Forderungen, und zwar einer jeden einzelnen Forderung für sich in abgesonderten Acten verhandelt. — Martin §. 329 nro. 3. — Schweppe §. 120 a. E.

[3]) S. oben §. 37 bis 39.

[4]) Oben §. 41 flg.

[5]) Schweppe §. 120.

§. 55.

Von den Folgen des Ausbleibens im Professionstermine.

Die Folge des Ausbleibens im Professionstermine ist die Präclusion. Der Präcludirte verliert aber nicht sein Forderungsrecht selbst, sondern nur den Anspruch auf Befriedigung aus der gegenwärtigen Concursmasse. [1]) Wenn daher 1) der Gemeinschuldner nach beendigtem Concurse neuerdings Vermögen erwirbt, so können die präcludirten Gläubiger dasselbe ohne Zweifel angreifen. [2]) 2) Sollten die Concursgläubiger absichtlich einen Theil der Güter des Schuldners nicht zur Masse gezogen haben (s. g. ausgelassene Güter), so kann der Präcludirte auch aus diesen befriedigt zu werden suchen, [3]) so wie 3) aus einem etwa verbleibenden Ueberschuß der Masse. [4]) 4) Weil durch die Präclusion die Forderung selbst nicht untergeht, so verliert der präcludirte Gläubiger auch das Recht nicht, sich an den correus debendi, oder an den Bürgen des Cridars zu halten. Daß der Bürge die Klage durch die exceptio excussionis s. ordinis vereiteln könne, ist wohl eben so wenig richtig, [5]) als daß der präcludirte Gläubiger durch sein Ausbleiben im Professionstermine au-

---

[1]) Darüber besteht wohl jetzt kein Zweifel mehr, weder in der Theorie, noch in der Praxis. — Dabelow S. 533. — Schweppe §. 117. — Seuffert im Archiv. für civ. Pr. Bd. XI. S. 369. flg.

[2]) S. oben §. 11. not. 6. und §. 26.

[3]) Dabelow S. 541.

[4]) c. 10. C. 7. 72. — Schweppe §. 53. nro. 3.

[5]) Dr. Jäger in der Zeitschr. von Linde, Marezoll u. s. w. Bd. V. S. 231 flg. Vergl. Dr. W. Sell in derselben Zeitschrift Bd. III. S. 243. flg.

ßer Stand gesetzt sey, dem fortdauernden beneficium cedendarum actionum des Bürgen Genüge zu leisten.[6]) 5) Wenn eine dem präcludirten Gläubiger verpfändete Sache schon vor dem Ausbruche des Concurses veräußert worden war, so kann der Gläubiger die hypoth. actio gegen den jetzigen Besitzer der verpfändeten Sache anstellen.[7])

§. 56.

Fortsetzung.

Die Präclusion tritt übrigens nach dem Ablaufe des Professionstermins nicht von selbst (ipso jure) ein, sondern der Contradictor muß ausdrücklich darauf antragen.[1]) Freilich fehlt es nicht an Rechtslehrern,[2]) welche das Gegentheil mit großer Zuversicht[3]) behaupten. Allein sie vertheidigen ihre Meinung aus Gründen, welche, wenn sie nach gemeinrechtlicher Praxis gültig wären, nicht bloß die Contumacialanklage im Concursprocesse, son-

---

[6]) A. M. Schweppe §. 53 und §. 117. not. 1. — Dagegen aber Dr. Jäger a. a. O. S. 238. unten. — Nicht entgegen ist Fr. 95. §. 11. D. 46. 3.

[7]) Vorausgesetzt nämlich, daß die Veräußerung der verpfändeten Sache nicht in fraudem creditorum geschehen war, und deßhalb mit der Pauliana actio rescindirt wurde. — Vergl. übrigens Dabelow S. 536. — Sell a. a. O. §. 10. S. 256.

[1]) Vergl. Claproth §. 378. — Martin §. 329. nro. 3. — Schweppe §. 118.

[2]) Dabelow S. 542. flg. — v. Gönner S. 584; und die von Dabelow Genannten.

[3]) Dabelow S. 543 unten: „Es ist nichts ausgemachter, als daß die Wirkung der Präclusion sogleich mit dem Ablaufe des Liquidationstermins ipso jure eintritt.“

dern auch im ordentlichen Processe jedesmal überflüssig machen würden, so oft der Richter eine Partei sub poena praeclusi zu irgend einer Handlung vorgeladen hätte.[4]) — Daß aber der wirkliche Eintritt der Präclusion nicht bloß den Antrag des Contradictors, sondern außerdem auch noch die bereits geschehene Bekanntmachung des Präclusivbescheides voraussetzen soll, dürfte nach den allgemeinen Grundsätzen über den Eintritt der s. g. Ungehorsamsstrafen schwerlich zu rechtfertigen seyn.[5]) — Da

---

[4]) Denn, wenn man bloß auf die Natur der Sache Rücksicht nimmt (und diese Rücksicht ist zuletzt doch der einzige Grund für die entgegengesetzte Ansicht), so läßt sich nicht absehen, warum z. B. im ordentlichen Verfahren der Producent nicht sogleich nach dem Ablaufe der peremtorischen Beweisfrist mit seinen Beweismitteln präcludirt seyn soll. Auch hier hatte der Richter diesen Nachtheil angedroht, wie im Concursprocesse den Nachtheil der Ausschließung von der Masse. — Daß die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Folgen des Ungehorsams auf das Concurswesen nicht anwendbar seyn sollen, „weil dieses nach ausdrücklichen Gesetzen geschwinde und summarisch behandelt werden müsse“ (Dabelow S. 545. nro. 2.) ist eine willkürliche Behauptung. — Eine ganz andere Frage ist aber freilich, ob es nicht aus legislativen Gründen zweckmäßiger wäre, die Präclusion mit dem Ablaufe des Termins von selbst schon eintreten zu lassen. Diese Frage ist gewiß zu bejahen, aber nicht bloß in Bezug auf den Concursproceß. — Schweppe §. 118.

[5]) Denn, daß auch im ordentlichen Processe die anbefohlene Handlung selbst noch nach der Ungehorsamsanklage, bis zum wirklichen Präclusivbescheide nachgeholt werden könne, dürfte sich aus c. 24. X. 1. 29 nicht mit Gewißheit ableiten lassen. — S Gensler Comment. zu Martin Bd. I. S. 212. Lit. E. — Im Concursprocesse hat sich indessen allerdings der Gerichtsgebrauch ziemlich allgemein dafür entschieden,

übrigens in mehr als einer Hinsicht[6]) viel daran gelegen ist, so bald wie möglich ein geschlossenes Corps von Concursgläubigern zu haben, so soll der Contradictor den Antrag auf Präclusion sogleich am Schlusse des Professionstermins stellen,[7]) und das Concursgericht soll, um auch den Einwendungen der Anhänger der noch milderen Theorie[8]) vorzubeugen, auch den Präclusivbescheid ohne Aufschub erlassen und publiciren.

§. 57.

Fortsetzung.

Gegen die Präclusion im Concursprocesse kann übrigens eben sowohl, wie gegen die Präclusion im ordentlichen Verfahren restitutio in integrum nachgesucht werden.[1]) Denn in der Natur dieses Rechtsmittels liegt nichts, was die Anwendung desselben gerade auf diesen Fall hindern könnte, und der Umstand, daß die Wiederherstellung des vorigen Zustandes im Concursprocesse zuweilen mehr Schwierigkeiten macht, als in einem andern

---

daß bis zur Eröffnung des Präclusivbescheides immer noch neuerdings sich meldende Gläubiger zuzulassen seyen. — Danz §. 188. — Mackeldey §. 788.

[6]) Insbesondere, um geeignete Vergleichsvorschläge zu machen.

[7]) Schweppe §. 188. — Martin §. 329. nro. 3.

[8]) S. oben not. 5.

[1]) Denn die restit. i. i. ist ein allgemein anwendbares Rechtsmittel. S. G. E. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in der vor. St. Gött. 1831. S. 91 flg. — Selbst die Androhung des Ausschlusses der r. i i. in der Edictalladung ist ohne Wirkung. — Denn der Richter darf ein von den Gesetzen zugestandenes Rechtsmittel nicht vorhinein versagen. — Happel Anleit. zum Verf. Conc. abzuwenden. Giessen 1799. §. 100. Martin §. 328 not. c.

Rechtsstreite, ist kein hinreichender Grund, die Restitution hier rechtlich für unstatthaft zu erklären. Nur müssen freilich die allgemeinen Erfordernisse dazu vorhanden seyn. Der Implorant muß also 1) außer der Läsion auch noch einen genügenden Restitutionsgrund [2]) anführen und nachweisen; er darf 2) die gesetzliche Frist [3]) zur Anbringung des Re-

---

[2]) Die zulässigen Restitutionsgründe sind übrigens hier die nämlichen, wie in andern Fällen. — Daß auch ex clausula generali restituirt werden könne, ist daher keinem Zweifel unterworfen. Aber freilich kommt es darauf an, wie man diese allgemeine Clausel versteht. Die gemeinrechtliche Praxis nimmt sie in dem Sinne, daß nicht bloß ex causa lege expressa, sondern auch aus sonstigen Billigkeitsgründen Restitution ertheilt werden könne, und zeigt sich selbst bei der Prüfung der sonstigen Billigkeitsgründe überaus mild. Vergl. v. Trütschler v. d. Präclusion des Gläub. Absch. 2. Abth. 3. §. 11 bis 31. Schweppe §. 119. nro. 1. lit. a. bis e. — Vergl. Mackeldey §. 758. — Burchardi a. a. O. S. 52 flg. u. S. 183 flg., besonders S. 193 u.

[3]) Die Frist zur Anstellung des Restitutionsgesuches dauert aber hier nicht vier Jahre lang, sondern dem Präcludirten ist hiezu nur so viel Zeit gegeben „als er zuvor, re adhuc integra gehabt hätte." Conc. p. III. tit. 62. §. 3. — Dep. Absch. v. 1600. §. 86. Blum. proc. cam. tit. 78. §. 5. — de Ludolf jus camer. pag. 322. — Denn offenbar steht hier nur eine restit. contra lapsum termini praejudicialis in Frage; und auch der Umstand, daß vielleicht der Präclusivbescheid schon erlassen und publicirt ist, macht sie noch keineswegs zu einer restit. contra rem judicatam. — S. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. IV. S. 114. — Linde §. 423. I. — Wie die Worte: „binnen so viel Zeit, als man re adhuc integra gehabt hätte" auszulegen seyen, ist übrigens freilich zweifelhaft. Einige verstehen unter dieser Zeit „immer die ursprüngliche Frist der Edictalladung," und lassen dieselbe

stitutionsgesuches nicht versäumen, und muß sich 3) die Vergütung der Kosten gefallen lassen, welche sowohl durch

---

(für die Anstellung des Restitutionsgesuches) zu laufen anfangen, sobald der Grund wegfällt, wegen dessen sich der Gläubiger früher nicht meldete. — J. F. Seyfart T. Reichsproceß. Cap. 28. §. 5. — Schweppe §. 119. nro. 2. — Einer andern Auslegung zufolge dürfte nicht immer die ursprüngliche Professions- oder Liquidationsfrist ad petendam restitut. gewährt seyn, sondern wenn das Hinderniß erst während der ursprünglich ertheilten Liquidationsfrist eingetreten seyn sollte, nur das residuum hujus temporis nach eingetretenem Hindernisse. Vergl. Bar. v. Kreittmayr in den Annotat. zum Cod. jur. bavar. judic. c. 16. §. 1. not. m. — Den Vorzug verdient gewiß die letztere Meinung. Denn es ist nicht abzusehen, warum ein Gläubiger, welcher vielleicht binnen der ersten Hälfte der ursprünglichen Frist ungehindert täglich hätte erscheinen können, nach dem Wegfallen des für die zweite Hälfte eingetretenen Hindernisses doch nicht bloß diese unverschuldet verlorene Hälfte, sondern die ganze ursprüngliche Frist wieder aufs neue erhalten soll. Die Restitution soll doch nicht mehr geben, als was das Hinderniß genommen hatte. Die specielle Anwendung dieser Theorie auf die verschiedenen Fälle, welche sich hiebei ergeben können, führt zu folgenden Resultaten: I. Wenn zur Profession der Forderungen nicht eine Frist (ein tempus, intra quod), sondern nur eine Tagefahrt in der Edictalcitation bestimmt, und ein Gläubiger verhindert war an diesem Tage sich zu melden, so muß die Restitution sofort an dem nächsten Tage nach dem Wegfallen des Hindernisses gesucht werden. II. War hingegen in der Edictalladung eine Frist ad profitendum et liquidandum anberaumt, so kommt es darauf an, ob das Hinderniß schon beim Beginne dieser Frist vorhanden war, oder erst im Laufe der Frist eintrat. — Dauerte in dem ersten Falle das Hinderniß ununterbrochen fort, bis nach abgelaufener Liquidationsfrist, so hat der ausgeschlossene Gläubiger allerdings, vom Zeitpunkte des Auf-

die Instruction des Gesuches, als auch durch die bloß für ihn allein besonders nachzuholenden Verfügungen in der Hauptsache selbst verursacht werden.[4]) — Unter die-

hörens des Hindernisses an gerechnet, die ganze ursprüngliche Frist ad petendam restit. — Denn in diesem Falle war ihm durch das Hinderniß auch die ganze Frist entzogen worden. — Erlosch aber das Hinderniß noch während der Dauer der Liquidationsfrist, und der Gläubiger ließ den Rest der Zeit unbenützt vorübergehen, so hat er gar keinen Anspruch auf Restitution, weil er hier die Präclusion selbst verschuldet hat. — In dem zweiten Falle hingegen, wenn nämlich das Hinderniß erst während des Laufes der Liquidationsfrist eintrat, muß die Restitution innerhalb so viel Zeit gesucht werden, als man vom Eintritte des Hindernisses an gerechnet bis zum Ende der Frist noch übrig gehabt hätte, und diese Zeit fängt ebenfalls nach dem Hinwegfallen des Hindernisses zu laufen an. Zwar möchte es scheinen, als ob sich der Gläubiger auch hier in culpa befinde, indem er den Anfang der Frist, wo das Hinderniß noch nicht existirte, ad liquidandum hätte benützen können, und daß ihm folglich, wie im unmittelbar vorhergehenden Falle, die Restitution zu versagen sey. Allein es ist doch wohl ein großer Unterschied zwischen beiden Fällen. Wer die Liquidation auf den spätern Theil der Frist verschiebt, dem kann deßhalb kein Vorwurf gemacht werden, weil er innerhalb der gegebenen Zeitgränzen das Recht hat, sich zu melden, wann es ihm beliebt. Hingegen durch ein früher vorhandenes, nachher aber verschwundenes Hinderniß kann die spätere Unthätigkeit nicht entschuldiget werden. — Uebrigens folgt aus dieser Darstellung von selbst, daß der Implorant nicht bloß den Zeitpunkt des Eintrittes, sondern auch die Dauer des Hindernisses nachzuweisen hat, weil sich außerdem die Restitutionsfrist in concreto nicht berechnen läßt.

[4]) Z. B. die Kosten der neuen Ladung ad liquidand. — Leyser sp. 490. med. 9. — Dabelow S. 547. nro. 2. Schweppe §. 119. nro. 3.

sen Voraussetzungen kann aber zu jeder Zeit, auch noch nach der Publication des Prioritätsurtheils, ja selbst noch nach geschehener Distribution der Masse [5]) mit Erfolg um Restitution gebeten werden. — Nur versteht sich in dem letzten Falle von selbst, daß in Folge der ertheilten Restitution nicht etwa die zerstreute Masse wieder gesammelt und das Verfahren in seinem ganzen Umfange von vorne begonnen, sondern der Anspruch nur gegen diejenigen Gläubiger angebracht und durchgeführt wird, welche entweder gar nichts, oder doch weniger erhalten haben würden, wenn sich der Restituirte zu rechter Zeit gemeldet hätte. [6]) — Das zuständige Gericht für solche Restitutionsgesuche ist übrigens, — so lange das Concursverfahren noch nicht beendigt ist, — das Concursgericht; [7]) nach distribuirter Masse hingegen das ordentliche Forum des Gläubigers oder der Gläubiger, welchen der Implorant auf diesem Wege das Empfangene wieder zu entreißen sucht. [8]) — Als Beklagte in puncto restitut. erscheinen immer diejenigen Gläubiger, welchen die Restitution nachtheilig werden könnte. [9])

---

[5]) Dieser Satz ist zwar controvers (s. darüber insbesondere Dabelow S. 549 bis 553), und in Particulargesetzen ist hie und da sogar ausdrücklich die entgegengesetzte, — besonders von Leyser spec. 490. med. 2. vertheidigte Meinung sanctionirt worden, z. B. im Cod. jur. bav. judic. c. 19. §. 16. nro. 4. — Die neuesten Proceßlehrer halten aber beinahe durchgehends die Restitution auch noch nach vertheilter Concursmasse für zulässig. — Schweppe §. 145. — Linde §. 441 a. E.

[6]) Dabelow S. 548 unten.

[7]) Gensler im Arch. f. civ. Prax. Bd. IV, S. 140 lit. b. — Dabelow S. 557. unt. — Schweppe §. 119 a. E.

[8]) Schweppe §. 145. Vergl. Dabelow a. a. O.

[9]) Einige übertragen die Rolle des Beklagten auch im Re-

Diese müssen daher in der Regel auch darüber gehört werden. [10])

§. 58.

Liquidationsverfahren.

Wenn der Professionstermin geschlossen ist, so kommt es zunächst darauf an, die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen zu prüfen. Dieses geschieht aber nach gemeinem [1]) Rechte nicht in der Art, daß die Einwendungen des Contradictors und der Mitgläubiger gegen die einzelnen Ansprüche auch wieder, — wie die Anmeldungen, — in ein allgemeines Protokoll aufgenommen würden; sondern über die Liquidität jeder einzelnen Forderung [2]) wird ein eigenes Verfahren in separirten

---

stitutions-Processe dem Contradictor, wenigstens dann, wenn noch durante crida um Restitution gebeten wird. Schweppe §. 119. nro. 3. vergl. mit §. 145. — Allein da der Contradictor als Vertreter des Gemeinschuldners zu betrachten ist (s. oben §. 42) und dieser durch die Präclusion eines Gläubigers eben so wenig etwas gewinnt, als er durch dessen Restitution etwas verliert, sondern nur einzelnen Gläubigern durch das Eindrängen eines neuen Prätendenten die Aussicht auf Befriedigung geschmälert werden könnte, so sind gewiß nur diese (folglich auch nicht nothwendig, ja sogar äußerst selten alle Gläubiger) zur Contradiction in diesem Punkte berufen.

[10]) Nur dann, wenn der Restitutionsgrund in jeder Hinsicht als unanfechtbar erscheint, wird brevi manu restituirt. — Leyser spec. 490. med. 3. Dabelow S. 547. nro. 3.

[1]) Landesgesetze ordnen zuweilen ein anderes Verfahren an. So werden z. B. in Bayern nicht nur alle Forderungen im ersten Edictstage, sondern auch alle dagegen vorgebrachten Einwendungen im zweiten u. s. f in ein Protokoll zusammengetragen. Cod. jur. bav. judic. c. 19. §. 5. nro. 5.

[2]) Sollte der Richter jetzt schon mit einiger Zuverlässigkeit

Specialacten eingeleitet, so daß eben so viele besondere und formell getrennte [3]) Liquidationsprocesse entstehen, als sich im Professionstermine Gläubiger gemeldet haben. [4]) Nur sucht der Richter in diesen einzelnen Processen, so weit es thunlich ist, in der Instruction gleichen Schritt zu halten, damit alle ungefähr gleichzeitig

---

voraussehen, daß gewisse Forderungen wegen der Unzulänglichkeit der Masse nicht zum Zuge kommen werden, so hat er die betheiligten Gläubiger hierauf aufmerksam zu machen, nicht bloß um ihnen unnöthige Auslagen zu ersparen, sondern auch, um dadurch den Concursproceß zu vereinfachen und abzukürzen. Die ihm von einigen Proceßlehrern in diesem Fall eingeräumte Befugniß aber, dergleichen Liquidationen auch von Amtswegen, ohne Consens der betheiligten Gläubiger zu suspendiren und zurückzustellen, ist mit Grund zu bezweifeln. Vergl. Martin §. 331 not. c. — Puchta §. 183. Schweppe §. 134 — Linde §. 443. not. 1.

[3]) Martin §. 331. nro. 2 und §. 324. not. 1.

[4]) Nur für solche Gläubiger, welche ihre Klagen schon vor der Eröffnung des Concurses gerichtlich anhängig gemacht hatten, werden keine neuen, besondern Liquidationsacten mehr gebildet, sondern die bisherigen Acten den neuentstandenen beigelegt, insofern nämlich die Sache bei dem Concursgerichte selbst anhängig ist. Bei anderen Gerichten angefangene Processe werden auch dort fortgesetzt. Vergl. Martin §. 331. not. e. — Linde §. 443. nro. II und oben §. 34. v. Gönner (Hdb. Bd. IV. Abth. 82. §. 35. nro. 4.) will nicht bloß für jeden Gläubiger, sondern auch noch für jede einzelne Forderung desselben Gläubigers einen besondern Actenbund angelegt wissen. — Allein diese Ansicht dürfte wohl nur in solchen Fällen zu billigen seyn, wo die simultane Verhandlung mehrerer Ansprüche desselben Gläubigers in den nämlichen Acten eine Verwirrung im Verfahren verursachen könnte.

wenigstens zu einem Beweisinterlocute reif werden.[5]) — Als streitende Theile stehen sich in jedem solchen Liquidationsprocesse gegenüber der liquidirende Gläubiger als Kläger, und der Contradictor als Beklagter.[6]) Indessen hat auch jeder Mitgläubiger das Recht, die Schritte des Contradictors zu bewachen, und von diesem etwa übersehene Einreden vorzubringen.[7]) — Die näheren Bestimmungen über das Liquidationsverfahren sind folgende: I. Die Grundlage eines jeden einzelnen Liquidationsprocesses bildet ein Auszug aus dem allgemeinen Professions-Protokoll, welcher mit den dazu gehörigen Belegen den betreffenden Specialacten beigelegt wird, und hier die Stelle der Klage vertritt.[8]) II. Sind auf solche Art die einzelnen Specialliquidations-Acten angefangen so ist, wie sonst, der Beklagte (also hier der Contradictor) zur Antwort und Vertheidigung aufzufordern. Um zwecklose und kostspielige Weitläufigkeit zu vermeiden, soll jedoch nicht in jedem einzelnen Liquidationsprocesse deßhalb ein eigenes Ladungsdecret ausgefertiget,

---

[5]) Schweppe §. 134.

[6]) Auch in den schon früher anhängig gewordenen Processen tritt von nun an der Contradictor an die Stelle des Gemeinschuldners.

[7]) Daß aber auch der Concursrichter in Folge einer obervormundschaftlichen Pflicht von Amtswegen Einreden ergänzen dürfe, ist offenbar gegen die Grundsätze des gemeinen Rechts. Gleichwohl wird dieses behauptet von Schweppe §. 134.

[8]) Martin §. 331. not. g. — Wenn die oben §. 53. not. 4. a. E. vorgeschlagene Methode befolgt wird, so bildet die zum allgemeinen Anmeldungsprotokolle überreichte schriftliche Ausführung des Anspruches die Klage in jedem einzelnen Liquidationsprocesse. — Vergl. noch Danz, summ. Pr. §. 183. not. c.

sondern dem Contradictor überhaupt aufgegeben werden [9]), bis zu einem bestimmten Termine auf alle angemeldeten Forderungen zu antworten. Die Bestimmung dieses Termines hängt von den Umständen ab. Insbesondere hat dabei der Richter zu erwägen, wie viel Zeit dem Contradictor in dem gegebenen Falle nöthig seyn dürfte, um alle Forderungen sammt den dazu gehörigen Belegen zu prüfen, und sich auf eine bemessene Vertheidigung vorzubereiten. [10]) Darnach wird der Exceptionstermin bald weiter, bald weniger weit hinauszustellen seyn. Ob der Contradictor seine Antwort mündlich zu Protokoll erklären, oder schriftlich zu den betreffenden Specialacten übergeben will, hängt von ihm ab. [11]) Die Gläubiger sind übrigens von dem anberaumten Exceptionstermine gleichfalls in Kenntniß zu setzen, um allenfalls von dem ihnen zustehenden Einspruchsrechte Gebrauch machen zu können.

---

[9]) Eine abschriftliche Mittheilung des Anmeldungsprotokolls und der dazu gehörigen Beilagen findet jedoch hiebei nicht statt, sondern dem Contradictor wird nur die Einsicht dieser Acten gestattet.

[10]) Claproth §. 341. S. oben §. 42. not. 13.

[11]) Gewöhnlich wird behauptet, daß die Liquidationsprocesse der Beschleunigung halber durchgehends mündlich zu Protokoll instruirt werden sollen. Allein der beabsichtigte Zweck kann durch dieses Mittel nur bei einfachen Forderungen erreicht werden, bei denen es möglich ist, die Instruction ununterbrochen bis zur Duplik fortzusetzen. Bei verwickelten Liquidationsposten hingegen, wo den Parteien eine Frist zur Vorbereitung auf die abzugebende Erinnerung doch nicht verweigert werden kann, ist es zweckmäßiger, schriftliche Vorträge zuzulassen. Claproth §. 375 a. E.

§. 59.

Fortsetzung.

Hinsichtlich der Einlassung [1]) des Contradictors auf die einzelnen Klagen, so wie der dagegen vorzubringenden Einreden gelten die nämlichen Grundsätze, wie im ordentlichen Processe. [2]) Insbesondere ist die Liquidität der Einreden auch hier keine Bedingung ihrer Zulässigkeit. — Nur die Einrede der fehlenden Caution für die Proceßkosten wird im Concurse nicht beachtet, [3]) und die Einrede des Zufrühforderns gegen noch nicht fällig gewordene oder bedingte Forderungen hat hier nicht, wie sonst die Wirkung, daß der Gläubiger zur Zeit abgewiesen, [4]) sondern nur die, daß die Forderung im Prioritätsurtheile bloß eventuell vorgetragen wird, wenn bis dahin der dies oder die conditio noch nicht eingetreten seyn sollte. — Besondere Aufmerksamkeit hat der Contradictor darauf zu richten, ob die Forderung nicht aus irgend einem Grunde zur Ausschließung vom Concurse geeignet sey. [5])

---

[1]) Das Recht, eine Forderung einzuräumen, hat der Contradictor nur dann, wenn er sich von der Richtigkeit derselben vollkommen überzeugt hat. — Claproth §. 372. — Vergl. v. Spangenberg in den Jahrb. des gem. d. bürg. Proc. von Fried. Aug. Freihrn. von Zu-Rhein I. Bd. 1. Hft. S. 38.

[2]) Martin §. 331. S. 583.

[3]) Schweppe §. 134. not. 1.

[4]) Denn der Concursproceß umfaßt den gesammten Schuldenstand, also eventualiter auch die noch nicht fällig gewordenen Passiven.

[5]) Claproth §. 369. — Martin §. 331. not. h.

§. 60.

Fortsetzung.

III. Nach erfolgter Einlassung und Vertheidigung von Seite des Contradictors wird, — wenn Dieses anders noch nothwendig seyn sollte, — in jedem Liquidationsprocesse replicirt und duplicirt. — Die Aufforderung ad replicandum kann zwar gewöhnlich nicht mehr durch ein allgemeines Decret an sämmtliche Gläubiger zugleich geschehen;[1]) allein der Richter soll doch auch jetzt noch den Grundsatz des gleichzeitigen Fortschreitens in den einzelnen Liquidationsprocessen, so weit es irgend thunlich ist, festzuhalten suchen.[2]) IV. Besondere Erkenntnisse in Betreff der Liquidität werden in den einzelnen Processen nicht erlassen, weder definitive, noch interlocutorische auf Beweis;[3]) sondern man wartet zu, bis in allen einzelnen Liquidationsprocessen wenigstens die Streitfrage genügend festgesetzt ist, und dann wird in dem s. g. Prioritäts-Urtheile auch über diesen

---

[1]) Denn nicht selten wird einem Liquidanten eine Nebenauflage zu machen seyn, welche auf die Uebrigen gar nicht passen würde, z. B. wegen Berichtigung des Legitimationspunktes; in einigen Liquidationsprocessen ist vielleicht gar keine Replik mehr nothwendig, weil die Forderung unbedingt eingeräumt, oder bloß widersprochen wurde u. dgl.

[2]) Zu diesem Zwecke dienen insbesondere kurze und streng peremtorische Fristen für die Zurückbleibenden. — Daß aber die Ungehorsamsbeschuldigung hier überflüssig seyn soll (Schweppe § 134.), läßt sich nach gemeinem Rechte nicht behaupten.

[3]) Nebenauflagen, z. B. wegen nicht beigebrachter Vollmacht u. dgl. sollen jedoch keineswegs bis zu dem allgemeinen Prioritätsurtheile verschoben werden.

Punkt bei jeder Post das Geeignete erkannt.[4]) Zur Vervollständigung der einzelnen Liquidationsacten werden jedoch denselben Auszüge aus dem Prioritäts-Urtheile, so weit dieses über die Richtigkeit der Forderungen etwas festsetzt, beigelegt.[5]) V. Die allenfalls nach der Publication des Prioritäts-Urtheils rücksichtlich der Liquidation einer einzelnen Post sich noch ergebenden Verhandlungen gehören aber wieder in die betreffenden Specialacten.[6]) Wird daher 1) gegen einen Ausspruch in Beziehung auf die Richtigkeit eines Anspruches von einer oder der andern Seite ein Rechtsmittel eingelegt, so geschieht die Instruction desselben in den Specialacten, und nur diese werden an das Obergericht eingesandt.[7]) 2) Ist in Ansehung einer Post Beweis aufgelegt oder vorbehalten worden, so wird derselbe ebenfalls in den betreffenden Specialacten angetreten und ausgeführt.[8])

---

[4]) Die Abweisung eines Gläubigers muß im Prioritätserkenntnisse ausdrücklich geschehen. Stillschweigendes Uebergehen einer Forderung gilt nicht als Abweisung Schweppe §. 136 a. E. Daß Beweisauflagen und Vorbehalte ausdrücklich geschehen müssen, versteht sich von selbst. Hingegen die definitive Anerkennung der Richtigkeit eines Anspruches braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern ergibt sich schon aus der unbedingten Stellung im Prioritätsurtheile.

[5]) Schweppe §. 138. — Martin §. 331.

[6]) Schweppe und Martin a. a O.

[7]) Schweppe §. 138. S. 257. oben. — Die Formalien des gewählten Rechtsmittels müssen übrigens hier eben so, wie im ordentlichen Processe beobachtet werden. — Daß auch einzelne Mitgläubiger kraft des ihnen zustehenden Einspruchsrechtes die Erkenntnisse über die Liquidität anfechten können, ist keinem Zweifel unterworfen. (Schweppe §. 138 not. 1.)

[8]) Schweppe §. 138. — Martin §. 331.

§. 61.

Fortsetzung.

VI. Ueber Beweislast und Beweismittel gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie im ordentlichen Processe. Nur in Ansehung der Geständnisse des Gemeinschuldners und der Eidesdelation werden gewöhnlich Beschränkungen angenommen, jedoch ohne daß hierinfalls eine allgemeine Uebereinstimmung bestände. [1]) Hält man daran fest, daß die regelmäßige Wirksamkeit dieser Beweisgründe nur insofern einen Abbruch leiden könne, als dieselbe mit den Eigenthümlichkeiten des durch den Concurs entstandenen Rechtsverhältnisses unvereinbar ist, so ergeben sich folgende Resultate: A. Bei Zugeständnissen des Schuldners (schriftlichen sowohl als mündlichen) kommt es hauptsächlich darauf an, ob dieselben schon vor der Eröffnung des Concurses abgelegt wurden, oder erst nachher. In dem ersten Falle kann ihnen die Beweiskraft nicht abgesprochen werden, welche sie außer dem Concurse gehabt haben würden. Denn vor dem Ausbruche das Gantverfahrens hatte ja der jetzige Gemeinschuldner die volle Freiheit, in jeder beliebigen Art, also auch durch Geständnisse, über sein Vermögen zu disponiren, und die Eröffnung des Concurses hebt diese Dispositionsfreiheit nur für die Zukunft, nicht auch rückwärts für die Vergangenheit auf. Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn die Mitgläubiger zeigen können, daß ein Schuldbekennt-

---

[1]) Vergl. über Geständnisse des Cridars: Dabelow S. 583. not. y. — Schweppe § 131 — v. Gönner Hdbch. IV. 82. §. 32. — Kühl in der Zeitschrift von Linde und Marezoll Bd. V. S. 219. flg

niß in fraudem creditorum gemacht worden sey, indem hier, wie in andern Fällen dieser Art, die Pauliana actio gebraucht werden kann. [2]) — Mehr Kraft, als außer dem Concurse haben dergleichen Geständnisse aber freilich auch im Concurse nicht. Daher kann auch hier einem früher ausgestellten schriftlichen Schuldbekenntnisse die exceptio non numer. pecuniae oder n. n. dotis sowohl von den Mitgläubigern als von dem Contradictor entgegengesetzt werden, wenn die gesetzliche Frist noch nicht verstrichen ist. [3]) — Was die Geständnisse betrifft, welche der Gemeinschuldner erst nach eröffnetem Concurse ablegt, so muß zwar allerdings zugegeben werden, daß dieselben jetzt nicht mehr als mittelbare Renunciationen in Betracht kommen können, weil der Cridar das Dispositionsrecht über sein Vermögen, und folglich auch die Befugniß, einem Gläubiger zum Nachtheile der Uebrigen eine Concession zu machen, verloren hat. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß dergleichen Geständnisse gar keinen Werth haben. Denn da der Gemeinschuldner wegen der künftigen Nachhaftung für die leer ausgehenden Concursgläubiger immer noch dabei interessirt ist, daß nicht mehr Forderungen im Concurse anerkannt werden, als welche wirklich bestehen, so ist ein Zugeständniß von seiner Seite auch jetzt noch nicht von allen Gründen der Glaubwürdigkeit entblößt. Wie viel Glauben aber einem solchen Geständnisse geschenkt werden dürfe, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern hängt von den Umständen ab. [4]) Nur so viel ist außer Zweifel,

---

[2]) Kühl a. a. O. S. 222.

[3]) c. 15. C. 4. 30. — Vergl. Schweppe §. 131. not. 4.

[4]) Auf die Umstände aufmerksam zu machen, welche die Glaubwürdigkeit eines solchen Geständnisses herabstimmen, oder

daß Geständnisse zu Gunsten eines solchen Gläubigers, durch welchen im Falle seines Sieges ein Theil des Vermögens wieder in die Hände des Gemeinschuldners zurückkehren,[5]) oder ihm doch sonst mittelbar wieder zu Gute kommen würde, keinen Glauben verdienen. — Gerichtliche Geständnisse, von dem Gemeinschuldner in eigener Person abgelegt, können übrigens nach gemeinem Recht im Concursprocesse nicht vorkommen, weil der Cridar selbst an den Liquidationsprocessen nicht Theil nimmt.[6]) Das Gesagte kann also nur auf den Fall bezogen werden, wenn der Contradictor eine Forderung bloß in Folge der persönlichen Anerkennung derselben von Seite des Schuldners einräumt,[7]) oder wenn sich ein Gläubiger zum Beweise eines von dem Contradictor widersprochenen Anspruches auf ein jetzt erst gemachtes außergerichtliches Geständniß des Schuldners beruft.

---

wohl gar aufheben können, ist übrigens Sache der Mitgläubiger. Die Mittel, deren man sich zu bedienen hat, wenn das Geständniß keine volle juristische Ueberzeugung liefert, können wohl keine andern seyn, als die gewöhnlichen, z. B. namentlich der Erfüllungseid.

[5]) Z. B. das Geständniß eines eingebrachten Heirathsgutes zu Gunsten der Ehefrau in einem Falle, wo es an allen früher schon entstandenen Beweismitteln hierüber mangelt. — Landesgesetze enthalten hie und da sehr detaillirte Vorschriften über den Beweis der illatio dotis im Concurse durch das Geständniß des Ehemannes, und berufen sich dabei wohl auch auf das gemeine Recht, d. h. auf die Meinung einzelner Rechtslehrer, z. B. cod. bav. jud. c. 20. §. 6. nro. 5. et in annot. ibid.

[6]) Claproth §. 372. a. E.

[7]) Vergl. v. Spangenberg in den Jahrb. des gem. d. b. Proc. von Freih. v. Zu-Rhein Bd. I. S. 38. fl.

§. 62.

Fortsetzung.

B. Ueber die Eidesdelation im Liquidationsverfahren[1]) dürften mit Rücksicht auf die eigenthümlichen Verhältnisse im Concursprocesse folgende Grundsätze zu beobachten seyn: a) Da der Contradictor ein fremdes Interesse vertritt, so soll er zwar, wie jeder Stellvertreter zur Eidesdelation (über eine Einrede oder eine Duplik) nur in Ermangelung der gewöhnlichen Beweismittel seine Zuflucht nehmen. Fehlt es ihm aber wirklich an solchen Beweismitteln, so können die Mitgläubiger des Delaten um so weniger etwas gegen die Eideszuschiebung einwenden, weil der Contradictor ohne dieselbe den Beweis der Einrede geradezu aufgeben müßte, folglich die übrigen Creditoren ihre Aussicht auf Befriedigung jedenfalls durch die Concurrenz des Delaten gefährdet sähen, während doch, — wenn die Delation zugelassen wird, — auch Recusation erfolgen kann, welche den gefährlichen Concurrenten beseitiget.[2]) b) Daß ein Gläubiger dem Contradictor den Eid (über den Grund der Klage oder Replik) zu deferiren berechtiget ist, kann nicht wohl bezweifelt werden,[3]) und wird auch

---

[1]) Vergl. darüber Danz sum. Pr. §. 185. III. und die in d. not. f. g. und h. angeführten Schriftsteller — Schweppe §. 132. C.

[2]) Wenn der Gläubiger den Eid referirt, so kommen die Grundsätze sub lit. b. zur Anwendung.

[3]) Denn es läßt sich in der eigenthümlichen Beschaffenheit des Concursverfahrens kein Grund entdecken, warum der Gläubiger hier dieses Beweismittels verlustig seyn sollte. Daß der Schuldner nicht selbst an den Liquidationsverhandlungen

nicht bezweifelt.[4]) Da jedoch der Contradictor nur selten von der zu beschwörenden Sache selbst etwas weiß, also gewöhnlich nur zur eidlichen Bekräftigung des Nichtwissens[5]) verpflichtet ist, welche begreiflicher Weise dem Deferenten nicht so viel gelten kann, wie ein jusjur. de veritate; so entsteht die Frage, ob der Deferent, — wenn sich der Contradictor bloß zum Eid über das Nichtwissen bereit zeigt, — nicht darauf dringen könne, daß sich der Gemeinschuldner selbst über die Annahme des Eides erklären soll? — Diese Frage scheint unbedenklich bejaht[6]) werden zu dürfen. Denn acceptirt der Gemeinschuldner den Eid, so haben die Mitgläubiger keine Ursache dagegen zu protestiren, weil dadurch ein Concurrent aus dem Wege geräumt wird; recusirt er aber den Eid, so ist dieses als ein Geständniß des Cridars zu betrachten, — welches sie, — wie ein ausdrückliches Geständniß, — anzufechten befugt sind, — wenn sie irgend eine Gefährde dabei wahrnehmen.

§. 63.

Fortsetzung.

VII. Wenn der wegen der Liquidität auferlegte Beweis in jedem einzelnen Liquidationsverfahren durchge-

---

unmittelbar Theil nimmt, kann nicht als ein solcher Grund angesehen werden. Denn auch in Streitigkeiten gegen Unmündige hat man es nur mit dem Tutor zu thun, und doch ist die Eideszuschiebung nicht ausgeschlossen.

4) Claproth §. 372. und die in der Note 1. Angeführten.

5) Ein juramentum de credulitate kann von dem Contradictor nicht gefordert werden. Claproth a. a. O. — A. M. Danz a. a. O. not. g.

6) Die von Hommel (Rhapsod. 538.) für die Verneinung angeführten Gründe sind nicht erheblich genug.

führt ist, so erfolgt nun das Endurtheil, welches, so wie die durch den Gebrauch von Rechtsmitteln veranlaßten Erkenntnisse, den betreffenden Specialacten beizulegen ist.[1]) — Dem Prioritäts-Urtheile, welches durch die definitiven Resultate der einzelnen Liquidationsprocesse in manchen Punkten eine Abänderung erleiden kann, muß jedoch eine kurze Notiz jener Resultate beigefügt werden.[2]) — VIII. Sobald alle Liquidationsprocesse rechtskräftig erledigt sind, wird der Contradictor seines Amtes entlassen.[3])

§. 64.

Von dem Prioritätsverfahren.

Das Prioritätsverfahren ist der Inbegriff jener Verhandlungen, welche die Ausmittlung und Feststellung des Rangverhältnisses der einzelnen Ansprüche unter sich zum Zwecke haben. Als streitende Theile stehen sich in diesem Verfahren nur Gläubiger einander gegenüber. Der Contradictor[1]) hat mit den Prioritätsprocessen nichts zu

---

[1]) Von selbst versteht sich, daß gegen das erstrichterliche Definitiverkenntniß über die Liquidität einer Post auch wieder Rechtsmittel eingelegt werden können, wie früher gegen das im Prioritätsurtheil enthaltene Beweis-Interlocut. Martin §. 331. — Schweppe §. 138.

[2]) Eine Umarbeitung des ganzen Prioritätsurtheils mit Rücksicht auf die abweichenden Ergebnisse der einzelnen Liquidationsprocesse würde jetzt noch zu voreilig seyn, weil sich durch die Prioritätsprocesse auch in der entworfenen Classification noch Manches verändern kann.

[3]) Martin §. 331. a. E.

[1]) Claproth § 355. nro. 4. schlägt vor, daß der Contradictor mit Bewilligung aller oder doch der meisten Gläubiger zugleich auch dahin verpflichtet werden soll, einem

schaffen, und der curator bonor. noch weniger. Denn jener vertritt den Gemeinschuldner (§. 42), für welchen es offenbar ganz gleichgültig ist, in welcher Ordnung seine Gläubiger zum Zuge kommen, da für ihn doch auf keinen Fall etwas übrig bleibt, man mag nun was immer für eine Ordnung befolgen. Der Curator aber hat nur für die Ergänzung, Erhaltung und zweckmäßige Veräußerung der Güter zu sorgen, auf welche das Rangverhältniß der Gläubiger wieder nicht den geringsten Einfluß hat. — Auch ist der Streit über die Priorität nicht ein Gegenstand des gemeinschaftlichen Interesses der gesammten Creditorschaft, sondern immer sind nur einzelne Gläubiger dabei betheiligt und zwar oft jeder gegen andere Mitgläubiger,[2]) und in anderer Bezie-

---

Jeden, der einen Vorzug behauptet, Namens der dabei interessirten Gläubiger, — wer diese auch seyn mögen, — alle rechtlichen Einwendungen entgegen zu setzen, und durch alle Instanzen zu verfolgen. — Allein es liegt etwas Unbilliges in der Zumuthung, daß der einzelne Gläubiger sein Widerspruchsrecht gegen Andere in die Hände desselben Mannes legen soll, von dem er weiß, daß ihm auch seine Feinde in dieser Beziehung das ihrige anvertrauen sollen. Wenn aber auch eine allgemeine Uebereinkunft dieser Art zu Stande käme, so würde der s. g. Prioritäts-Contradictor nicht in seiner Eigenschaft als Contradictor, sondern als Vertreter der einzelnen Gläubiger handeln, welche ihm zufälligerweise alle ihr Vertrauen geschenkt hätten.

[2]) Z. B ein Hypothekargläubiger, welcher auf die dritte Classe Anspruch macht, hat nicht das geringste Interesse dabei, jenen Mitgläubigern, welche für sich nur auf die vierte oder fünfte Classe antragen, ihre gewünschten Plätze streitig zu machen. Er kann seine Gegner nur in den Classen vor ihm finden. Hingegen der einfache chirographarius kann auch Ursache haben, Ansprüche einzelner Mitgläubiger auf die vierte Classe anzufechten.

hung,[3]) weßhalb auch die einzelnen Streitigkeiten über das Vorzugsrecht nicht mit einander vermischt, sondern separirt behandelt werden sollen.[4]) — Allerdings können aber mehrere einzelne Creditoren als Prioritätskläger ein gemeinschaftliches Interesse dabei haben, den von einem Mitgläubiger in Anspruch genommenen Vorzug zu bestreiten,[5]) und dann ist es nicht bloß erlaubt, sondern sogar sehr zweckmäßig, in Verbindung durch einen gemeinschaftlichen Anwalt zu handeln.[6]) — Ob es übrigens für einen Gläubiger rathsam sey, mit einem Angriffe hinsichtlich der Priorität hervorzutreten, hängt nicht bloß von der rechtlichen Vorfrage ab, ob er gegründete Hoffnung habe, den Anzugreifenden von der prätendirten besseren Stelle zu verdrängen, sondern auch

[3]) In der Regel wird der Angriff eines Prioritätsklägers darauf gerichtet seyn, einen Mitgläubiger, welcher auf einen höhern Platz Anspruch macht, herabzudrücken. — Wenn jedoch vor der Eröffnung der Prioritätsprocesse von dem Richter ein Classificationsentwurf mit dem Vorbehalte der Anfechtung desselben vorgelegt wird (s. den folgenden §), so kann der Zweck des Angriffes auch darin bestehen, sich selbst den anfänglich gewünschten, aber von dem Richter in dem vorläufigen Entwurfe verweigerten Platz wieder zu erringen.

[4]) Bei vielen teutschen Gerichten findet aber freilich eine solche Separation nicht statt. Ja häufig werden nicht einmal die Liquidationsverhandlungen von den Prioritätsverhandlungen ausgeschieden. Vergl. darüber den folg. §. und das Magazin von Christ. Martin und Walch I. Bd. 3. Hft. S. 392. nro. 2 flg.

[5]) Z. B. alle Gläubiger der vierten Classe, wenn ein Creditor auf Location in der dritten Classe anträgt, welcher doch nur ein einfacher chirographarius ist.

[6]) Martin §. 535. Schweppe §. 133. A. a. E.

von der factischen Frage, ob ihm unter den gegebenen Umständen der Gewinn des Prioritätsstreites einen Vortheil, oder umgekehrt der Verlust desselben einen Nachtheil bringen werde? — Denn, ist dort nichts zu hoffen, oder hier nichts zu befürchten, so wäre es unklug einen solchen Streit zu beginnen.[7])

§. 65.

Fortsetzung.

Die Art und Weise, die Prioritätsverhandlungen zu leiten, ist bei den teutschen Gerichten sehr verschieden.[1]) — Einige bringen das Prioritätsverfahren mit dem Liquidationsverfahren in unmittelbare, äußere Verbindung;[2]) —

---

[7]) Wenn z. B. der tieferstehende Gläubiger voraussieht, daß er wegen der Unzulänglichkeit der Masse selbst dann nicht zum Zuge kommen würde, wenn er auch wirklich den Vormann hinter sich herabgedrückt hätte; oder umgekehrt, wenn er auf jeden Fall auf volle Befriedigung zählen kann, auch wenn der Vormann unangefochten an seiner prätendirten Stelle bleibt.

[1]) Vergl. darüber im Allgemeinen Claproth §. 355. — Schweppe §. 135. — Mittermaier der gem. d. b. Proceß. III. Beitr. S. 255 flg. 2te Auflage. — Puchta §. 170.

[2]) Dieß geschieht z. B. in Bayern, wo jeder Gläubiger sogleich im ersten Edictstage schon alle Umstände, welche sich auf die Richtigkeit und auf das Vorzugsrecht beziehen, anführen und den Beweis darüber antreten (Cod. bav. jud. c. 19. §. 10. nro. 2.), im zweiten Edictstage aber gegen beide Punkte excipirt werden muß u. s. w. Cod. jud. c. 19. §. 6. nro 1. — Vergl. darüber Puchta §. 172 und 173, und über die von demselben gegen das bayerische Verfahren erhobenen Bedenklichkeiten. Mittermaier a. a. O. S. 259 flg.

andere trennen beide von einander; und, wo diese Trennung stattfindet, ist auch wieder keine Uebereinstimmung weder in der Art der Einleitung der Prioritätsprocesse, noch in dem Zeitpunkt, welcher dazu gewählt wird. An einigen Orten wird nämlich schon bald nach dem Liquidationstermine ein Termin zur Ausführung der Vorzugsrechte anberaumt; [3]) — an anderen Orten soll das Prioritätsverfahren so lange ausgesetzt bleiben, bis die Liquidationsverhandlungen geschlossen sind. [4]) — Oft läßt man zuerst die Gläubiger über die Priorität streiten, und erst dann, wenn diese Streitigkeiten zu einem Urtheile reif sind, erfolgt das Prioritätserkenntniß. [5]) Oft geht aber auch das sogenannte Prioritätsurtheil den Prioritätsprocessen voraus, d. h. der Concursrichter entwirft bloß mit Rücksicht auf die ihm durch das Liquidationsverfahren bekannt gewordenen Momente eine Classification, gestattet aber den Gläubigern, welche mit diesem Entwurfe nicht zufrieden seyn sollten, die nachträgliche Ausführung ihrer vermeintlichen Vorzugs- oder Einspruchsrechte binnen einer peremtorischen Frist. [6]) —

---

[3]) Schweppe §. 135. A.

[4]) Seb. Ad. Krafft praktische Anmerk. über den Concurspr. Erlangen 1786. §. 212.

[5]) Z. B. im Mecklenburg'schen nach Mittermaier a. a. O. S. 256 unten. — Wo das Prioritätsverfahren mit dem Liquidationsverfahren gleichen Schritt hält, wie in Bayern, erfolgt das Prioritätserkenntniß immer zuletzt. — In diesem Falle ist es übrigens wirklich, was es heißt, — ein Urtheil, und etwaige Beschwerden können daher nur durch den Gebrauch von Rechtsmitteln gehoben werden.

[6]) Z. B. in Hannover. S. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. I. 69. — Martin §. 332. — Schweppe §. 135. C. Bei diesem Verfahren wird zwar der vorläufige

Ja, es fehlt sogar nicht an Rechtslehrern, welche ein eigenes Verfahren über die Priorität geradezu für unnöthig erklären, indem es Sache des Richters sey, die Vorzugsrechte von Amtswegen zu bestimmen. [7]) Daß nun diese letzte Meinung den Grundsätzen des gemeinen Rechts widerspricht, ist außer Zweifel. [8]) Von den übrigen Behandlungsarten kann aber freilich eben so wenig eine als gemeinrechtlich allein geltend bezeichnet werden, weil es an ausdrücklichen Vorschriften des gemeinen Rechts über diesen Punkt fehlt, und weil da, wo nicht particularrechtliche Bestimmungen eingreifen, der Gerichtsgebrauch zu sehr variirt, als daß man sich auf eine vorherrschende gemeine Praxis berufen könnte. [9])

§. 66.

Fortsetzung.

Es frägt sich daher nur, welche Behandlungsart des Prioritätspunktes für die zweckmäßigste zu hal-

---

Classificationsentwurf auch „Prioritätsurtheil" genannt; ist es aber in der That nicht, weil demselben keine Instruction der Sache vorausgeht. Daher ist bei allenfallsigen Beschwerden der Gebrauch eines Rechtsmittels jetzt noch nicht nothwendig, sondern man kann sich durch nachträgliche Ausführung in derselben Instanz helfen.

[7]) Hofmann deutsche R. Pr. §. 1244.

[8]) Denn die Prioritätsanträge der einzelnen Gläubiger beruhen sehr oft auf besonderen thatsächlichen Verhältnissen, welche bei der Nachweisung der Liquidität gar nicht berührt zu werden brauchen, und ohne deren Kenntniß ein Ausspruch über das Vorzugsrecht einer Forderung rechtlich nicht möglich ist. — Daß aber der Richter solche factische Momente nicht von Amtswegen ergänzen darf, versteht sich von selbst. — Puchta §. 171. nro. 1.

[9]) Schweppe §. 135 a. A.

ten ist, und bei der Beantwortung dieser Frage dürften folgende Sätze als Anhaltspunkte dienen: I. Es ist für das Concursgericht in mehrfacher Beziehung wünschenswerth, so bald als möglich nicht nur die Concursgläubiger, und den Betrag ihrer Forderungen, sondern auch die Qualität dieser Forderungen, und namentlich die Vorzugsrechte derselben wenigstens ungefähr kennen zu lernen.[1]) Gewiß ist es daher zweckmäßig, die Gläubiger in der Edictalcitation nicht bloß zur Anmeldung ihrer Ansprüche, sondern auch zur Stellung bestimmter Anträge hinsichtlich der Classification in dem Professionstermine aufzufordern.[2]) II. Da die Prioritätsprocesse wegen der hier sehr oft eintretenden Concurrenz mehrerer, gleich betheiligter Contradicenten ungleich mehr Stoff zu Verwickelungen darbieten, als die Liquidationsprocesse,[3])

---

[1]) Ohne alle Kenntniß der Vorzugsrechte würde es z. B. dem Richter nicht wohl möglich seyn, zweckmäßige Vergleichsvorschläge zu machen. Eine ganz sichere und genaue Kenntniß der Prioritätsrechte aller einzelnen Gläubiger erhält er freilich durch die bloße Anmeldung noch nicht. Allein es ist schon ein Vortheil, die verschiedenen Hauptclassen, z. B. Pfandgläubiger und einfache Chirographargläubiger mit einiger Wahrscheinlichkeit ausscheiden zu können.

[2]) S. oben §. 53. not. 8.

[3]) Denn im Liquidationsprocesse ist zunächst überall nur ein und derselbe Opponent, nämlich der Contradictor. In den Prioritätsprocessen hingegen sind verschiedene, und in der Regel mehrere Gläubiger zur Opposition berufen. (S. oben §. 64.) Diese sollten nun freilich durch einen gemeinschaftlichen Anwalt handeln. Wenn man aber bedenkt, daß sich die gemeinschaftlich interessirten Gläubiger oft gar nicht kennen, oder so weit von einander entfernt wohnen, daß sie sich über die Bestellung eines Commun-Anwaltes nicht leicht

so ist es unstreitig ein Gewinn für das ganze Concursverfahren, wenn die Zahl derselben so viel wie möglich vermindert wird. Zur Erreichung dieses Zwecks scheinen aber vorzüglich zwei Mittel geeignet zu seyn, nämlich a) das Aussetzen des Termins zur Anfechtung der Prioritätsanträge, bis zu dem Zeitpunkte, wo die einzelnen Liquidationsstreitigkeiten zu einem Urtheile reif geworden sind; b) die Proposition eines vorläufigen Classificationsentwurfes von Seite des Concursgerichtes, welcher den einzelnen Prioritätsstreitigkeiten als Grundlage und Anhaltspunkt dient. — Denn (zu a.) wenn man zur Impugnation der einzelnen Prioritätsanträge schon sogleich nach dem Professionstermine eine Tagefahrt anberaumt, so ist nichts anderes zu erwarten, als daß jeder Gläubiger aus Vorsicht gegen jeden ihm gefährlich scheinenden Locationsantrag der Mitgläubiger als Opponent auftreten werde, möge nun dieser Antrag auch noch so schwach begründet seyn. Hält man aber mit der Eröffnung des Prioritäts-Anfechtungstermines so lange zurück, bis über die Liquidität aller Forderungen ein Erkenntniß [4]) vorliegt, so fällt mancher Prioritätsstreit von selbst als überflüssig hinweg; — entweder, weil die Forderung an sich schon als grundlos erkannt und definitiv verworfen ist, oder weil die mittlerweile

---

benehmen und vereinigen können, so kann man sich nicht wundern, wenn sich in der Regel jeder darauf beschränkt, für sich allein zu handeln, was dann die unvermeidliche Folge hat, daß gegen den nämlichen Prioritätsantrag eines Gläubigers eine Reihe von getrennten Impugnationsvorträgen zu den Acten gelangt, welche den raschen Fortgang des Verfahrens hemmen.

[4]) Nämlich das erste allgemeine Erkenntniß. S. oben. §. 60.

beigebrachten urkundlichen Belege über die Liquidität zugleich auch einen so vollständigen Beweis des dafür in Anspruch genommenen Vorzugsrechtes enthalten, daß jede weitere Anfechtung in dieser Beziehung als unnütz erscheint. [5]) (Zu b.) Die Vorlage eines richterlichen Cassificationsentwurfes kann aber ebenfalls nicht selten einem Prioritätsstreite vorbeugen. Denn gewöhnlich prätendiren die Gläubiger eine bessere Stelle, als welche ihnen selbst in Folge der von ihnen angeführten Prälationsgründe gebührt. Daß der Richter solche an sich unbegründete und übertriebene Prätensionen von Amtswegen unbeachtet lassen darf, ist keinem Zweifel unterworfen. So lange er sich aber nicht bestimmt darüber ausgesprochen hat, wird sich doch mancher Gläubiger aus Vorsicht zu einer Opposition veranlaßt finden, während diese unterbleibt, wenn der Richter den unberufen Vordringenden selbst schon zurückgewiesen hat. [6])

---

[5]) Z. B. Ein Gläubiger hatte eine Forderung von 1000 fl. angemeldet, und für dieselbe eine Stelle in der dritten Classe in Anspruch genommen. Der Contradictor widersprach die Richtigkeit der Forderung, und der Gläubiger anticipirte nun anstatt zu repliciren den Beweis durch Production einer öffentlichen Schuld- und Hypothekurkunde. In diesem Falle ist mit der Nachweisung der Liquidität auch der Prioritätspunkt erlediget.

[6]) Wenn z. B. ein Pfandgläubiger in die zweite Classe gesetzt zu werden verlangte, ohne jedoch irgend etwas anzuführen, was seiner Hypothek die Eigenschaft einer privilegirten geben könnte, — und daher der Richter demselben in dem Classificationsentwurfe den geeigneten Platz in der dritten Classe anweist.

§. 37.

Fortsetzung.

Diesen Grundsätzen gemäß gestaltet sich das Prioritätsverfahren im Zusammenhange auf folgende Art: [1]) a) Jeder einzelne Gläubiger führt zwar schon bei der Anmeldung seiner Forderung auch die Umstände an, welche auf die Classification derselben Einfluß haben, und nimmt eine bestimmte Stelle dafür in Anspruch. Gleichwohl wird aber b) nicht sofort die Instruction dieser Prioritätsanträge eingeleitet, sondern nur über die Liquidität der Forderungen zwischen den einzelnen Gläubigern und dem Contradictor verhandelt. Wenn aber c) von den einzelnen Liquidationsprocessen keiner mehr so weit zurück ist, daß nicht wenigstens auf Beweis erkannt werden könnte, dann beschränkt sich der Richter nicht mehr darauf, über den Punkt der Liquidität allein das Geeignete auszusprechen, oder zu verfügen, sondern er benützt zugleich diese Gelegenheit, um den Gläubigern seine Ansicht über die Rangordnung der einzelnen Forderungen bekannt zu machen. Dieses geschieht in der Art, daß nicht über jede Liquidationspost ein eigenes Specialurtheil gefällt, sondern über alle ein umfassendes Gesammterkenntniß erlassen wird, in welchem der Richter die einzelnen Forderungen nicht in einer willkürlichen, sondern in der Reihenfolge vorträgt, in welcher sie nach seinem Ermessen zum Zuge kommen sollten. — Die Motive zu dieser Classification gewinnt er theils durch die Prüfung der ursprünglichen Locationsanträge nach den Vorschriften

---

[1]) Vergl. hierüber im Ganzen: Martin §. 332 und §. 335. Schweppe §. 135. C. und besonders §. 139. — Puchta §. 197. flg.

der Gesetze,[2]) theils durch die Berücksichtigung Dessen, was zwar nur bei Gelegenheit der Liquidationsprocesse vorgekommen ist, aber doch auch auf die Priorität entscheidenden Einfluß hat.[3]) Erscheint ein Prioritätsanspruch an sich zwar nicht als verwerflich, sind aber die factischen Behauptungen, auf welche er sich stützt, noch unerwiesen,[4]) — so wird zwar der betreffende Gläubiger an der von ihm begehrten Stelle vorgetragen, aber nur mit der Bedingung, wenn die Voraussetzungen gehörig nachgewiesen werden würden. — d) Da übrigens dieser Ausspruch, so weit derselbe die Rangbestimmung betrifft, nur als ein arbiträrer Entwurf betrachtet werden kann, so müssen den Gläubigern ihre etwaigen Einsprüche dagegen ausdrücklich vorbehalten werden, zu deren Anbringung ihnen ein peremtorischer Termin mit der Androhung vorgesetzt wird, daß die Ausbleibenden als den Entwurf anerkennend betrachtet werden würden.[5]) e) Treten nun wirklich einzelne Opponenten auf, so wird für jede angefochtene Stelle ein eigener Prioritätsproceß in separirten Specialacten eingeleitet, in welchem sich die rücksichtlich dieses Punktes betheiligten Gläubiger (S. §. 64.) als

---

[2]) Wenn z. B. ein Gläubiger eine höhere Classe verlangt hätte, als welche ihm nach *seiner eigenen* geschichtlichen Darstellung des Anspruches gebührte, so dürfte ihn der Richter ohne Zweifel in die geringere Classe zurückstellen. S. den vorigen §. not. 6.

[3]) S. den vorigen §. not. 5.

[4]) Z. B. ein Gläubiger hätte behauptet, daß das von ihm dargeliehene Geld zur Ausbesserung eines Hauses bestimmt und verwendet worden sey, und deßhalb auf eine Stelle in der zweiten Classe angetragen; — die versio in rem wäre aber zur Zeit noch unerwiesen.

[5]) *Bülow* und *Hagemann* Erört. I. 69.

streitende Theile gegenüber stehen. — Das Verfahren hat hiebei nichts Besonderes. Auch das Definitivurtheil nach geschlossener Verhandlung wird in jedem Specialprocesse besonders erlassen, jedoch das Resultat gehörigen Ortes in dem ersten Classificationsentwurfe kurz bemerkt, weil dieser durch das Ergebniß der einzelnen nachfolgenden Prioritätsprocesse modificirt wird.[6]) f) Sollte ein Be=

---

[6]) Martin §. 335. a. E. Schweppe §. 139. B. — Was die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils in einem Prioritätsprocesse betrifft, so muß gewiß auch hier, wie bei jedem anderen Urtheile der Grundsatz an die Spitze gestellt werden: „res inter alios judicata aliis nec prodesse, nec nocere debet;“ um so mehr, als derselbe in der bekannten lex: Claudius Felix (Fr. 16. D. 20. 4.) gerade in Bezug auf einen Fall ausdrücklich angeführt wird, wo zwischen einigen Pfandgläubigern über das Vorgangsrecht gestritten wurde. — Nach diesem Grundsatze sind alle hieher gehörigen Fälle zu beurtheilen. Wenn nämlich ein tieferstehender Gläubiger wider einen höherstehenden als Prioritätskläger auftritt, um diesen hinter sich herabzudrücken, und auch wirklich ein rechtskräftiges Urtheil nach seinem Wunsche erringt, so kommt es zunächst darauf an, ob er allein als Kläger aufgetreten war, oder in Verbindung mit den übrigen Gläubigern, welche, gleich ihm, ein Interesse dabei hatten, den Beklagten an die schlechtere Stelle zurückgesetzt zu wissen. In dem letzten Falle muß allerdings der Besiegte allen den Gläubigern nachgesetzt werden, welche gegen ihn gestritten und ihn überwunden haben. Denn als Theilnehmer des Streites participiren sie auch an den Vortheilen des Sieges (res inter ipsos judicata est). In dem ersten Falle hingegen ist zu unterscheiden, ob der Angreifende in der bestrittenen Location unmittelbar nach dem Beklagten seinen Platz hatte, oder ob zwischen ihm und den Angegriffenen noch creditores intermedii vorkamen. War er der unmittelbar nächste Nachfolger des Beklagten und nun Besiegten, so

theiligter mit dem Urtheile unzufrieden seyn, so steht ihm noch der Gebrauch von Rechtsmitteln frei, wobei die gewöhnlichen Grundsätze gelten. [7])

---

wird ihm dieser nachgesetzt, aber auch nur ihm allein. Die übrigen Nachfolger haben kein Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß er auch ihnen nachtreten soll, gesetzt auch, daß sie von vorneherein gleichen Grund mit dem Sieger gehabt hätten, ihm seinen Vorrang streitig zu machen. Denn res inter eos judicata non est; ergo nec iis prodesse debet. — Stehen aber zwischen dem Sieger und dem Besiegten creditores intermedii, welche an dem Prioritätsstreite nicht Theil genommen haben, so darf der Besiegte nicht unter den Sieger herabgesetzt werden, weil sonst auch die Zwischengläubiger Nutzen daraus ziehen könnten, welcher ihnen doch nicht gebührt, weil sie durch ihr passives Verhalten bei der Sache den Vorzug des Beklagten vor ihnen stillschweigend anerkannt hatten. Denn die Regel „si vinco vincentem te, vinco te ipsum" kommt ihnen nicht zu Statten, da das Fr. 14. §. 3. D. 44. 3, in welchem sie vorkommt, gar nicht von dem Falle eines gerichtlichen Sieges handelt, und wegen des offenbar entgegenstehenden Fr. 16. D. 20. 4. auch nicht auf diesen Fall ausgedehnt werden darf. Damit aber der errungene Sieg dem Kläger doch einen Vortheil bringe, muß der Besiegte a) wenn er eben so viel, oder noch weniger zu fordern hat als der Sieger, Alles, was er erhebt; b) wenn er aber mehr zu fordern hat, Das, was die Forderung des Siegers beträgt, oder falls er (der Besiegte), selbst nicht einmal mit diesem Betrag zum Zuge kommen sollte, wenigstens das wirklich Erhobene an denselben abgeben. — Ueberall wird jedoch hiebei vorausgesetzt, daß nach dem Bestande der Masse in dem gegebenen Fall für den Sieger in seiner ursprünglichen Rangstelle gar nichts mehr übrig bliebe. Denn reicht die Masse auch bei unveränderter Location zur vollen Befriedigung der beiden streitenden Theile und der da-

§. 68.

Einrichtung des Prioritäts-Urtheils.

Das Prioritäts- oder Locations-Urtheil wird am Zweckmäßigsten auf folgende Art eingerichtet: I. Nach

---

zwischen stehenden Gläubiger hin, so ist ohnehin an der Rangbestimmung nichts gelegen, und der Prioritätsproceß ist in einem solchen Fall zwecklos geführt worden. — Sollte aber für den Sieger in seiner bisherigen Stellung zwar Etwas, aber nicht genug zu seiner vollen Befriedigung übrig bleiben, so muß ihm der Besiegte von seinem Zuge so viel abtreten, als zur Ergänzung nöthig ist; vorausgesetzt, daß das ihm zu Theil Gewordene hiezu hinreicht. Denn mehr, als was er selbst bekommt, ist er natürlich nie schuldig an den Sieger zu bezahlen. Bülow und Hagemann Erört. IV. 32. — Die von Schweppe §. 139. C. S. 260 gegen diesen Ausweg erhobene Bedenklichkeit ist auf jeden Fall nicht klar, und scheint auch nicht richtig zu seyn. — Dieselben Grundsätze kommen analog auch dann zur Anwendung, wenn ein tieferstehender Gläubiger nicht einen höherstehenden herabdrücken, sondern nur für sich selbst einen besseren Platz erringen will. — Ueber die abweichenden Meinungen vergleiche überhaupt Schweppe §. 139 C. und die dortselbst Angeführten. Die bayerische Gerichtsordnung c. 19. §. 16. nro. 3. und in den Anmerk. ebendas. lit. c. geht gleichfalls von dem Grundsatze der Wirkung der Rechtskraft aus, aber freilich mit einer Ausnahme, welche auch in Bezug auf den Prioritätspunkt den vorhin aufgestellten Regeln nicht selten Abbruch thut.

[7]) Ueber die Berechnung der Appellationssumme bei Prioritätsstreitigkeiten herrschen jedoch sehr abweichende Meinungen. Vergleiche darüber Linde im Arch. für civ. Praxis XI. S. 111. u. flg. — Daß, wenn mehrere Gläubiger mit verschiedenen Forderungen appelliren, die einzelnen Beschwerdesummen nicht zusammengerechnet werden dürfen, um die Appellationssumme herauszubringen, wird jetzt ziemlich all-

dem gewöhnlichen Eingange[1]) werden zuvörderst die Vindicanten[2]) und die Massegläubiger einzeln aufgezählt, und bei jedem derselben das Geeignete erkannt oder verfügt. Die Ordnung ist hier willkürlich, weil diese Prätendenten nicht in einem wechselseitigen Rangverhältnisse stehen, wie die eigentlichen Concursgläubiger, sondern jeder das ihm Gebührende ganz erhält, er möge nun am ersten oder am letzten Platze genannt seyn. II. Hierauf wird gewöhnlich der Concurskosten[3]) Erwähnung

---

gemein anerkannt, ohne Unterschied zwischen Appellationen im Prioritäts- und Liquidationspunkt. S. Magazin von Martin und Walch I. Bd. 3. Hft. S. 397 flg. u. die daselbst Angeführten.

[1]) Er lautet so: „In der Concurssache der Gläubiger des N. N. wider den aufgestellten Contradictor N. N. wird von dem . . . Gerichte in pcto. liquidationis et prioritatis zu Recht erkannt u. s. w. — Danz §. 191.

[2]) Genau betrachtet gehören freilich die Vindicanten nicht in das Locationsurtheil, weil sie keine Concursgläubiger sind und nicht aus der Concursmasse befriediget werden wollen. — Allein gleichwie es üblich ist, sie mit den eigentlichen Concursgläubigern zum Professionstermine vorzuladen, eben so pflegt man sie auch in das erste allgemeine Urtheil mit aufzunehmen.

[3]) Unter Concurskosten im eigentlichen Sinne versteht man nicht alle Auslagen, welche der Concurs veranlaßt, sondern nur die Kosten, welche im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger aufgewendet werden, also namentlich die Auslagen für die Inventarisirung des Vermögens, für die Exmission des Schuldners, für die Ergänzung, Erhaltung und Veräußerung der Masse, folglich auch das Honorar für den curator bonorum; ferner die Kosten der Edictalcitation, des Prioritätsurtheils, des Distributionsbescheides und dgl. — Hingegen die Kosten, welche durch die besonderen Prioritätsstreitigkeiten einzelner Gläubiger unter sich entstehen,

gethan, was jedoch, — weil sich der Betrag derselben jetzt noch nicht vollständig angeben läßt, — nur in der Form eines allgemeinen Vorbehalts geschieht.[4]) III. Nach

---

gehören nicht dahin. Was endlich die Kosten der einzelnen Liquidationsprocesse betrifft, so unterscheidet man gewöhnlich den Aufwand des liquidirenden Gläubigers, und den des Contradictors. Jenen muß immer der Liquidant ex propriis bestreiten, d. h. der Contradictor wird dem einzelnen Gläubiger gegenüber nie in die Kosten verurtheilt, wenn er auch die Forderung desselben ohne hinreichenden Grund sollte bestritten haben. — Die Auslagen des Contradictors aber (so wie das demselben gebührende Honorar) werden den Concurskosten beigezählt, also nicht dem Liquidanten aufgebürdet, gesetzt auch, daß dieser abgewiesen worden, und nach den allgemeinen Regeln zum Kostenersatze verpflichtet wäre. Eine strengere Prüfung hält nun freilich diese durchgreifende Behandlung der Sache nicht aus. Allein sie ist dessen ungeachtet in der Praxis allenthalben recipirt. — Vergl. über Concurskosten Claproth §. 389 und 390. — Dabelow S. 649 bis 670. — Schweppe §. 91, 115, 130. F. 133. D. 136. a. E. und 150 nro. 2.

[4]) Dieser allgemeine Vorbehalt wird durch die Worte ausgedrückt, daß „nach Abzug der Concurskosten" die Gläubiger in der nachfolgenden Ordnung befriediget werden sollen. — Ueber die Art des Abzuges bestehen übrigens verschiedene Meinungen. — Während nämlich Einige die Concurskosten jedem Gläubiger, der zum Zuge kommt, pro rata Dessen, was er wirklich erhält, abgezogen wissen wollen (z. B. Dabelow S. 668 unten. — Krafft prakt. Anmerk. über den Concurs. Erlangen 1786 S. 510), nehmen Andere an, daß diese Kosten aus der Masse vorweg zu nehmen seyen, so daß nur das Uebrigbleibende zur Vertheilung komme (Claproth §. 389. — Martin §. 332. — Schweppe §. 91). Die erste Meinung ist in Sachsen gesetzlich recipirt worden (Kori I. §. 124. 2te Aufl.); die letzte aber, zu welcher sich auch Leyser (Spec. 481.

diesem Vorbehalt geht man erst zur Location der eigentlichen Concursgläubiger über, welche unter fortlaufenden Nummern in der Ordnung aufgezählt werden, in welcher sie, so weit die Masse reichen wird,[5]) zum Zuge kommen sollen. — Hiebei sind nun insbesondere folgende Punkte zu bemerken: a) Nach gemeinem Rechte pflegt man zwar die Concursgläubiger in Ansehung ihres Rangverhältnisses in fünf Classen abzutheilen, nämlich: aa) in die absolut privilegirten Gläubiger; bb) in Pfandgläubiger mit einer privilegirten Hypothek; cc) in Pfandgläubiger ohne Privilegium; dd) in chirographische Gläubiger mit einem persönlichen Privilegium (privilegium exigendi), und ee) in einfache chirographarische Gläubiger.[6]) — Allein in dem Prioritätsurtheile wird diese

---

med. 4. et 5.) und Pufendorf (Observ. jur. univ. Tom. IV. obs. 249. vergl. mit Tom. II. obs. 181) nachmals bekehrt haben, ist in der gemeinrechtlichen Praxis angenommen. Bei einer genaueren Prüfung dürfte, — auch abgesehen von Fr. 8. in f. D. 16. 3., — die Praxis des gemeinen Rechts den Vorzug verdienen, da der stärkere Gläubiger, wenn das Vermögen des Schuldners zu seiner vollen Befriedigung hinreicht, keine Verbindlichkeit hat, sich daran etwas kürzen zu lassen, damit die nachstehenden Gläubiger auch noch etwas erhalten. — Das bayerische Recht stimmt hierin dem gemeinen Rechte bei. Cod. jur. bav. judic. c. 20. §. 2 und in den Anmerkungen zu dieser Stelle.

[5]) Der Bestand der Masse selbst läßt sich jetzt gewöhnlich noch nicht genau angeben.

[6]) Die Aufzählung und Prüfung der einzelnen im gemeinen Rechte vorkommenden Vorzugsrechte und Privilegien gehört nicht in die Theorie des gerichtlichen Verfahrens, obgleich sie nicht selten theils des Zusammenhanges wegen, theils um die Uebersicht zu erleichtern, auch hier einen Platz findet. S. Martin §. 334. — Schweppe §. 67. bis 81. — Mackeldey §. 781 bis 786.

Abtheilung in Classen gewöhnlich nicht ausdrücklich hervorgehoben, sondern nur in der fortlaufenden Nummernreihe da, wo eine neue Classe beginnt, der allgemeine Prioritätsgrund dieser Classe ganz kurz angedeutet.[7]) — b) Da die Nummernreihe die Priorität ausdrückt, und folglich der früher angeführte Gläubiger den später genannten so lang vom Zuge ausschließt, bis jener seine Befriedigung erhalten hat, so versteht sich von selbst, daß auch die zu der nämlichen Classe gehörigen Gläubiger nicht in einer beliebigen, sondern in der ihren individuellen Vorgangsrechten untereinander entsprechenden Ordnung vorzutragen sind. Sollten sich Mehrere hinsichtlich der Priorität vollkommen gleich stehen, so sind sie entweder unter einer Nummer aufzuzählen, oder es muß nach der Anführung des Letzten ausdrücklich bemerkt werden, daß den unmittelbar vorausgehenden Nummern, und welchen, gleicher Rang zukomme. — c) Wenn einem Gläubiger, welchem unter einer gewissen Bedingung ein höherer Platz anzuweisen ist, im Falle, daß er diese Bedingung zu erfüllen nicht im Stande seyn sollte, doch noch ein geringerer Platz gebührt, so muß derselbe eventuell auch an dieser geringeren Stelle genannt werden.[8]) — d) Der Ausspruch über jede classificirte Post muß im

---

[7]) Z. B. mit den Worten „wegen privilegirter Hypothek" u. dgl. — Bei dem Uebergange zu der fünften Classe muß irgend eine passende Einleitung gemacht werden, woraus sich entnehmen läßt, daß die dahin gehörigen Gläubiger ohne Rücksicht auf Priorität pro rata ihrer Forderungen aus dem etwa noch vorhandenen Reste der Masse befriediget werden sollen. Danz §. 191. nro 5.

[8]) Auch Gläubiger mit einer Specialhypothek müssen für den Fall, daß diese zu ihrer Befriedigung nicht hinreichen sollte, mit dem Reste ihrer Forderung eventuell noch einmal ge-

Wesentlichen ein, der Lage der betreffenden Specialacten angemessenes Erkenntniß über die Liquidität, und zugleich das Erforderliche über die Priorität enthalten; also nicht bloß die genaue und vollständige Benennung des Gläubigers, so wie die Angabe der Größe der Forderung in Haupt- und Nebensache,[9]) sondern, wenn hinsichtlich der Liquidität oder der Priorität noch irgend eine Bedingung zu erfüllen, ein Beweis zu liefern ist und dgl., auch die geeignete Beweis- oder Nebenauflage.[10]) Bei hypothekarischen Gläubigern wird auch die Qualität, und der Anfang der Hypothek angeführt.[11]) — Ist weder in Ansehung der Liquidität, noch der Priorität irgend ein Zweifel mehr übrig, so wird das für den Gläubiger günstige Urtheil bloß durch die unbedingte Location desselben ausgedrückt. IV. Nach der Location der Gläubiger, welchen wenigstens bedingungsweise eine rechtliche[12]) Hoffnung auf Theilnahme an der Concursmasse gegeben werden kann, folgt die Abweisung Derjenigen, deren Ansprüche entweder gar nicht zur Zulassung im Concurse geeignet sind, oder aus irgend einem Grunde jetzt schon als definitiv verwerflich erscheinen; und endlich V. die

---

hörigen Orts locirt werden. Schweppe §. 137. C. — Linde §. 446. nro. 4 d.

[9]) z. B. auch den Betrag der Zinsen, und der etwa schon vor der Eröffnung des Concurses zuerkannten Kosten.

[10]) In allen Fällen dieser Art wird der Locationsausspruch in bedingter Form abgefaßt. Die Auflage des Beweises einer Einrede geschieht in der Form eines Vorbehaltes. Schweppe §. 136.

[11]) Martin §. 333. — Schweppe §. 137. C.

[12]) Denn welche Gläubiger wirklich zum Zuge kommen werden, kann man jetzt noch nicht bestimmen, weil man den Betrag der Masse gewöhnlich noch nicht kennt

gewöhnliche Schlußclausel. — Allgemeine Auflagen oder Vorbehalte für sämmtliche Gläubiger werden ebenfalls dem Prioritätserkenntnisse an einer schicklichen Stelle, — entweder sogleich nach dem Eingange,[13]) oder am Ende der Classification[14]) der Concursgläubiger einverleibt.[15])

§. 69.

Beendigung des Concurses.

Das Concursverfahren wird eigentlich erst durch die erschöpfende Vertheilung der ganzen Masse an die Gläubiger nach der ihnen gebührenden Rangordnung definitiv beendiget. Um aber zu dieser Vertheilung schreiten zu können, wird folgendes vorausgesetzt: I. Es muß über die Liquidität aller Ansprüche bereits rechtskräftig entschieden seyn. Denn ohne vollkommene Ueberzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Forderung kann die Zahlung weder mit Sicherheit geleistet, noch verweigert werden. Nur dann läßt man sich durch die noch bestehende Illiquidität eines Anspruches in der Distribution nicht

---

[13]) Linde §. 446. nro. 1.

[14]) Martin §. 332. nro 3 — Schweppe § 137. D. — Der allgemeine Vorbehalt hinsichtlich der Anfechtung der Location, wenn diese bloß auf einem vorläufigen Entwurfe beruht, findet wohl schicklicher am Ende der Classification seinen Platz. Schweppe a. a. O. lit. E.

[15]) Formulare von Locationsurtheilen finden sich in Hommels teutsch. Flav. voc. „Concurs" und in Gust. Ad. Martin vollst. Conc. Act. Vol. gen. III n. XXI. (150.) Das Formular in Genslers Rechtsfällen (Ausg. von Morstadt Heidelb. 1833) S. 426 ist nach anderen Grundsätzen eingerichtet.

aufhalten, wenn es evident ist, daß dieser Anspruch — auch wenn er liquid wäre — doch wegen der Unzulänglichkeit der Masse nicht befriediget werden könnte.[1]) II. Auch die Rangordnung der einzelnen Gläubiger muß durchgehends festgestellt seyn, entweder durch unterbliebene Anfechtung des ursprünglichen Locationsentwurfes, oder durch die in den hierüber entstandenen Prioritätsstreitigkeiten ergangenen rechtskräftigen Urtheile. Denn, wenn nicht alle Gläubiger befriediget werden können, sondern nur die besseren (wie dieses im Concursprocesse der Fall ist), so ist, um mit Sicherheit zahlen zu können, die zuverlässige Kenntniß der einzelnen Vorzugsrechte nicht minder nothwendig, als die Ueberzeugung von der Liquidität. Sollte jedoch der Richter mit Gewißheit voraussehen, entweder a) daß die einzelnen Gläubiger, welche noch über ihre Priorität streiten, auf keinen Fall befriediget werden können, auch wenn sie mit ihren Prätensionen durchdringen, oder b) umgekehrt, daß sie auf jeden Fall zur vollen Hebung gelangen, auch wenn sie auf den ihnen ursprünglich angewiesenen Plätzen bleiben, so braucht er den Ausgang dieser Prioritätsprocesse nicht abzuwarten, sondern kann nach vorläufiger Verständigung der betheiligten Gläubiger von der Zwecklosigkeit einer weiteren Fortsetzung ihres Streites sofort die Vertheilung der Masse einleiten.[2]) — Endlich muß III. auch die Masse vollkommen hergestellt und zu Geld gemacht seyn.[3]) Wenigstens

---

[1]) Claproth §. 435.

[2]) Claproth a. a. O.

[3]) Ueber den Verkauf der Güter s. Schweppe §. 124 und §. 57. — Wenn sich gar kein, oder doch kein annehmbarer Käufer findet, so halten Einige auch hier wie bei Pfändern außer dem Concurse nach c. 3. §. 2. et 3. C. 8. 34. den

kann man nicht sagen, daß das Concursverfahren vollständig geschlossen sey, so lange noch etwas zur Masse Gehöriges beizutreiben und zu distribuiren ist; gesetzt auch, daß der größte Theil der Masse schon vertheilt seyn sollte. — Indessen ist es freilich oft ungleich zweckmäßiger,[4]) die Distribution stückweise und successiv vorzunehmen, als so lange damit zuzuwarten, bis Alles auf einmal vertheilt werden kann. Namentlich ist dieß der Fall a) bei solchen Concursen, wo die Masse entweder bloß aus fortlaufenden jährlichen Renten, oder Einkünften besteht,

---

Zuschlag der Güter für zulässig. Schweppe §. 57 a. E. §. 84 und 142. — Aeltere Proceßlehrer nahmen in diesem Falle die datio in solutum zu Hülfe, z. B. Brunnemann. De process. concurs. cap. VII §. 14. — In Bayern sollen die Güter nöthigen Falles dreimal (jedoch nicht öfter) im Versteigerungswege öffentlich feil geboten werden. Sind die minder bevorzugten Gläubiger auch mit dem am dritten Versteigerungstage geschlagenen Meistgebote nicht zufrieden, so tritt das s. g. jus delendi ein. Cod. jur. bav. judic. c. 19. §. 17. nro. 2. vergl. mit §. 37 der Novelle v. 22. Jul. 1819. — Das jus delendi ist aber eine eigenthümliche Anwendung des jus offerendi auf die Verhältnisse im Concurse. Das vergantete Gut wird nämlich zuerst dem letzten Gläubiger in der Art angeboten, daß er dasselbe entweder gegen gänzliche Befriedigung der ihm vorgehenden oder gleichstehenden Mitgläubiger in solutum übernehmen, oder seinen Anspruch auf Befriedigung aus dieser Masse aufgeben, und das Gut dem nächst vorhergehenden Gläubiger unter gleichen Bedingungen überlassen muß. Vergl. den Gantproceß v. 1616. Tit. IV. Art. 4. 8. und 9. und L. B. C. de Schmid Comment. ad Art 8 et 9 nro. 3. — v. Gönner im Comment. zur Novelle vom 22. Jul. 1819. S. 464 flg. — Puchta Conc. §. 15. 75. 97.

[4]) Weil dadurch das fernere Anwachsen der Zinsen verhindert und Administrationskosten erspart werden.

oder wo dergleichen Einkünfte wenigstens einen Bestandtheil der Masse bilden.[5]) In dem ersten Falle ist ohne weiters die erste Distribution einzuleiten, sobald über die Liquidität und Priorität rechtskräftig entschieden ist. Was sich bis dahin an eingegangenen Renten gesammelt hat, wird, so weit es reicht, an die vorzüglichsten Gläubiger vertheilt, und die übrigen kommen nach der ihnen angewiesenen Reihenfolge von Jahr zu Jahr zum Zuge. — In dem zweiten Falle hingegen kann wenigstens dann zur ersten Distribution geschritten werden, wenn Liquidität und Priorität rechtskräftig ermittelt, und zugleich die übrigen Bestandtheile der Masse, außer den jährlichen Einkünften, zu Geld gemacht sind. — Die Gläubiger, zu deren Befriedigung die vorhandene Baarschaft nicht hinreicht, werden sodann ebenfalls wieder auf die künftighin noch eingehenden Renten verwiesen. — b) Wenn über eine einzelne Activforderung der Masse noch ein Proceß im Laufe ist, während alles Andere bereits zur Vertheilung reif ist. — Hier kann übrigens durch die Abtretung der streitigen Activforderung an diejenigen Gläubiger, deren Befriedigung von der Realisirung jener Forderung abhängt, zuweilen auch der definitive Abschluß des Concursverfahrens bewirkt werden.[6])

---

[5]) Claproth §. 435 und 438. — Schweppe §. 140.
[6]) Schweppe §. 141. nro. 1.

§. 70.

Distribution der Masse und Vorbereitung dazu.

Die wirkliche Vertheilung der Masse wird durch den s. g. Distributionsbescheid vorbereitet.[1]) Sobald nämlich der Richter durch den Eintritt der im vorigen §. angegebenen Bedingungen in den Stand gesetzt ist, entweder das Concursverfahren mit einem Male definitiv zu beendigen, oder in den hiezu geeigneten Fällen[2]) wenigstens die successive Beendigung mit Sicherheit zu reguliren, wird mit Hilfe des Curators aus den die Verwaltung und Veräußerung des Vermögens betreffenden Acten, Aufschreibungen und Rechnungen der gegenwärtige Massestand erhoben, der Betrag sämmtlicher Concurskosten hergestellt, und hiernach bestimmt, wie viel nach Abzug dieser Kosten noch zur Vertheilung unter die Concursgläubiger übrig bleibt. Ist auf solche Art die zu vertheilende Summe ausgemittelt, so wird der ursprüngliche Classificationsentwurf nach den später erfolgten rechtskräftigen Ergebnissen der einzelnen Liquidations- und Prioritätserkenntnisse abgeändert und rectificirt, und nach Anleitung desselben berechnet, welche Gläubiger zur Hebung gelangen, und wie viel jeder einzelne erhält. Die Resultate dieser Untersuchungen und Berechnungen geben den Stoff zu dem s. g. Distributionsbescheide. Derselbe

---

[1]) Vergl. hierüber Claproth §. 440. flg. — Danz §. 194. — Schweppe §. 142 flg. Ein Formular findet sich in Gust. Ad. Martin vollst. Conc. Act. Vol. gen. IV. nro. V. (294.) und in Genslers Rechtsfällen (Ausg. von Morstadt) S. 433.

[2]) Z. B. wenn die Masse nur aus fortlaufenden jährlichen Renten besteht.

enthält nämlich a) die Angabe des reinen Bestandes der Masse; b) die Bestimmung der Größe der Concurskosten; c) die namentliche Aufzählung der einzelnen Gläubiger, welche ihre Befriedigung zu erwarten haben,[3]) mit Beifügung der sie treffenden Summen; d) die Festsetzung eines Termins theils zur Empfangnahme der Gelder, theils zur Abgabe allenfallsiger Erinnerungen gegen den Distributionsbescheid, oder gegen die Entlassung des Curators. — Aus diesem Inhalte ergibt sich von selbst, daß dieser richterliche Ausspruch den Namen eines Urtheils oder Bescheides wenigstens in Bezug auf die Liquidität und Priorität der Forderungen nicht verdient, indem über diese Punkte bereits rechtskräftig entschieden seyn muß, ehe man noch den Distributionsplan entwerfen kann. Wenn daher aus Verstoß von den rechtskräftigen Urtheilen abgewichen worden ist, so kann dieser Verstoß von dem Concursgerichte selbst wieder verbessert werden, ohne daß der Gebrauch eines Rechtsmittels nothwendig ist.[4]) — Auch bloße Rechnungsfehler hat das Concursgericht selbst zu berichtigen. Nur rücksichtlich der Concurskosten und der Feststellung der Concursmasse kann zuweilen der Distributionsbescheid als ein neues richterliches Decret erscheinen.[5]) Die Anfechtung desselben in dieser Beziehung

---

[3]) Sollte ein Gläubiger schon während des Concurses Zahlung erhalten haben, so wird er zwar auch aufgeführt, allein mit der geeigneten Bemerkung hierüber. — Forderungen, welche auch jetzt noch nicht fällig sind, werden befriediget, jedoch mit Anrechnung des Interusuriums. — Für bedingte Ansprüche wird die erforderliche Summe gewöhnlich bis zum Eintritt der Bedingung zurückbehalten. Schweppe §. 84

[4]) Claproth §. 440. — Schweppe §. 142. not. 2.

[5]) Weiter scheint zu gehen Puchta S. 398. flg.

braucht aber ebenfalls nicht sogleich durch Rechtsmittel zu geschehen, weil über die beschwerenden Punkte gewöhnlich noch keine förmliche Verhandlung stattgefunden hat. — Der Distributionsbescheid wird durch Umlauf an die Gläubiger und außerdem auch gewöhnlich durch offenen Anschlag bekannt gemacht.[6]) Die Vorladung auf den festgesetzten Termin ergeht an alle Gläubiger; an diejenigen, welche zur Hebung gelangen,[7]) um gegen Auslieferung der Originalurkunden und gehörige Quittung die Zahlung in Empfang zu nehmen; an die übrigen, um ihre etwaigen Einwendungen insbesondere gegen die Entlassung des Güterpflegers vorzubringen.[8]) — In dem Termine selbst geht die Vertheilung der Gelder wirklich vor sich,[9]) und hierüber, so wie über die etwa vorgebrachten Erinnerungen wird ein Protokoll abgehalten.[10]) Werden keine Einwendungen vorgebracht, oder können dieselben sogleich

---

[6]) Claproth §. 440. Danz 194.

[7]) Diese müssen übrigens entweder persönlich, oder durch einen zum Geldempfange besonders bevollmächtigten Stellvertreter erscheinen.

[8]) Um ferneren Verzögerungen vorzubeugen, pflegt man die Ladung mit dem Präjudize zu verbinden, daß nach dem festgesetzten Termine keine Einwendungen mehr gehört werden würden. — Vergl übrigens über die Verhandlungen rücksichtlich solcher Einwendungen Claproth §. 444 bis 446. Schweppe §. 144.

[9]) Bleibt ein zur Hebung berufener Gläubiger aus, so wird die für ihn bestimmte Summe auf seine Gefahr gerichtlich deponirt.

[10]) Ein Formular dieses Protokolls s. bei G. A. Martin a. a. O. nro. VII. (296), und bei Gensler a. a. O. S. 435 flg.

erlediget werden, so endiget sich mit diesem Termine in der Regel [11]) das Concursverfahren.

---

[11]) Denn, wenn die Zahlung nur allmählich geschehen kann, wie z. B. bei Concursen über jährliche Renten, so endiget sich das Verfahren eigentlich erst dann, wenn die Revenuen für immer zu fließen aufhören. Vergl. Claproth §. 438.

Register.

A.

B.

E.

F.

G.

R.

Seite

S.

T.

U.

Seite

V.

Seite

W.

H. P.